

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 8 ~ AÑO 2010

Separata



SITUACIONES ECONOMICAS Y PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA SEPARACION, DIVORCIO, NULIDAD O RUPTURA DE LA PAREJA

Juan Luis Jarillo Gómez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

Juan Luis Jarillo Gómez

© Juan Luis Jarillo Gómez

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 8, 2010

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

SITUACIONES ECONOMICAS Y PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA SEPARACION, DIVORCIO, NULIDAD O RUPTURA DE LA PAREJA.

El presente artículo se desarrolla bajo el siguiente esquema:

- **INTRODUCCION.**
- **RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CONYUGES**
- **SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN PATROMINIAL EN LA PENINSULA IBERICA.**
- **NORMAS GENERALES SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**
- **LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES**
- **LAS COMUNIDADES DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL**
- **LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**
- **LA SEPARACION DE BIENES**
- **EL REGIMEN DE PARTICIPACION**
- **NORMAS SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**
- **SITUACIONES DE HECHO**
- **LA VIVIENDA Y EL AJUAR FAMILIAR**
- **LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**

SITUACIONES ECONOMICAS Y PATRIMONIALES DERIVADAS DE LA SEPARACION, DIVORCIO, NULIDAD O RUPTURA DE LA PAREJA.

- INTRODUCCION.

En la actualidad nos encontramos que en la ruptura de un matrimonio o de una pareja se derivan dos consecuencias fundamentales, Una en el orden personal y otra en el orden patrimonial.

En el orden patrimonial la dificultad viene marcada porque en muchas ocasiones se desconoce el origen de quién fue el que satisfizo los bienes y si el dinero era común o privativo de los cónyuges. También es necesario conocer el régimen matrimonial al que están sometidos los cónyuges y según el mismo, la liquidación final será en uno u otro sentido.

La determinación de la situación patrimonial previa a un matrimonio o a una unión de pareja, el desarrollo de la comunidad económico matrimonial y su extinción, son en definitiva los que van a fijar las consecuencias económicas de dicha ruptura.

RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CONYUGES

El Código Civil va a establecer el sistema de las relaciones económico matrimoniales basado en los siguientes principios,

1.- PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL, basado en que los cónyuges podrán establecer los pactos que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes y con las limitaciones establecidas en el Código Civil.

2.- PRINCIPIO ABSOLUTO DE IGUALDAD, no solamente basado en los criterios constitucionales sino también del Código Civil, que no podrán establecer los cónyuges ninguna estipulación contraria al principio de igualdad de los cónyuges.

3.- PRINCIPIO DE ALTERACION DE LAS DISPOSICIONES, los cónyuges pueden alterar el sistema cuantas veces tengan por conveniente.

- **SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN PATRIMONIAL EN LA PENINSULA IBERICA.**

- Libertad de pacto en capitulaciones matrimoniales.
- Si los cónyuges no indican nada será aplicable el régimen establecido en cada lugar según su vecindad civil.

Derecho Común..... sociedad de gananciales

Cataluña..... separación de bienes.

Navarra..... Régimen de conquistas

Aragón..... Régimen de muebles y adquisiciones.

Vizcaya..... Comunicación foral de bienes.

- **NORMAS GENERALES SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**

Artículo 1315 a 1324 del Código Civil.

1.- Régimen vigente el establecido en capitulaciones matrimoniales, en su defecto el legal de cada territorio. Derecho Común, sociedad de gananciales.

2.- Levantamiento de las cargas del matrimonio, los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, si alguno incumpliere el juez puede adoptar medidas cautelares para resolver el asunto.

En cuanto a las cargas del matrimonio, estaremos a lo previsto en el código civil, en especial a lo señalado en el artículo 1362, que dispone que estarán a cargo de la sociedad de gananciales:

El sostenimiento de la familia, alimentación educación de los hijos según la situación de la familia”.

Aquí podemos incluir aquellas cuestiones que se pueden suscitar los gastos en la vida diaria relativa a los hijos de uno sólo de los cónyuges y su reintegro en beneficio de la sociedad de gananciales.

La posibilidad que solo uno de los cónyuges atienda las necesidades o realice pagos.

3.- Disposición de la vivienda habitual, El Código Civil, requiere que ambos cónyuges presten su consentimiento. Pero en el caso que el

bien sea de uno sólo de los cónyuges es necesario igualmente el consentimiento de los dos. Esta es una clara limitación a la hora de actuar un cónyuge respecto de los bienes que afectan a la familia. Es por ello, una medida en beneficio del conjunto familiar. También se extiende esta limitación a los muebles que se hallen en la vivienda familiar, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan los cónyuges.

La declaración del cónyuge se entiende válida siguiendo el principio de la buena fe.

Ver artículo 1320 del Código Civil.

4.- Actuación de un cónyuge sin el consentimiento del otro, dicho acto será anulable si es a título oneroso. Si es a título gratuito será siempre nulo.

5.- Confesión de un cónyuge, respecto de la naturaleza de los bienes, será válida y producirá todos sus efectos, sin perjuicio de terceros.

Ver artículo 1324 del Código Civil.

- **LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES**

Son aquellos pactos por los que los contrayentes, pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial o realizar cualquier otra cuestión referente a su matrimonio. Deberán constar en escritura pública, podrán otorgarse antes del matrimonio siempre que este se contraiga en el plazo de un año.

En ningún caso, pueden limitarse los derechos de los cónyuges en dichas capitulaciones.

Se inscribirán en el registro civil y en el de la Propiedad, cuando haga relación a bienes inmuebles.

- **LAS COMUNIDADES DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL**

La significación de este término nos lleva a determinar que los cónyuges van a tener un patrimonio en común, que podrá comprender todos los bienes de los cónyuges, sólo los aportados al matrimonio, los adquiridos con posterioridad. En caso se determinará teniendo en cuenta la vecindad civil de los contrayentes y por consiguiente su régimen económico matrimonial.

- **LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**

Definido en el Código Civil en el artículo 1346, que señala, "Que se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios

obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos que les será atribuidos por mitad al disolverse aquella”.

El artículo 1346 del Código Civil, se refiere a los bienes privativos de cada cónyuge y el artículo 1347 del Código Civil, se refiere a los bienes gananciales.

Desde el artículo 1348 al artículo 1410 del Código Civil, se hace un examen de la distintas situaciones que se producen dentro del ámbito de aplicación del régimen de gananciales.

- **LA SEPARACION DE BIENES**

En el Código Civil se hace una referencia a la separación absoluta, en virtud de la cual, cada cónyuge es dueño de lo que aporta al matrimonio, así como lo que puede adquirir después por cualquier título. Ambos contribuirán proporcionalmente al pago de los gastos familiares. Para que este régimen sea de aplicación se debe haber pactado previamente por los cónyuges en capitulaciones o encontrarnos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 1435 del Código Civil.

Regulación artículos 1435 a 1444 del Código Civil.

- **REGIMEN DE PARTICIPACION**

Se trata de un sistema en virtud del cual cada cónyuge adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por el consorte durante el tiempo que dicho régimen ha estado vigente.

Sistema intermedio entre gananciales y separación, mas cercano a éste último, de escasa aplicación práctica.

Regulación artículos 1411 a 1434 del Código Civil.

- **SITUACIONES DE HECHO.**

Se analizan los aspectos mas importantes de parejas de hecho registradas y no registradas.

- **NORMAS SOBRE EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**

Son de aplicación los criterios señalados para cada régimen económico matrimonial en particular

- **LA VIVIENDA Y EL AJUAR FAMILIAR**

Análisis teórico y práctico de los artículos 1319, 1320, 1321, 1322, 1323 y 1324 del Código Civil y normas complementarias del Código Civil.

- **LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL**

Serán de aplicación las normas establecidas en el Código Civil en la forma siguiente:

- Disolución..... artículo 1392 y siguientes Código Civil.
- Liquidación..... artículo 1396, que se inicia con la formación de inventario y la fijación definitiva del activo y del pasivo existente en la masa común.

- **CASOS PRACTICOS.**

ESCRITURA DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL DE BIENES GANANCIALES

Ante mí, Don lltre. Notario del Colegio de

COMPARECEN:

Don

Doña

INTERVIENEN:

Se consigna en este apartado la condición en que intervienen los comparecientes, es decir, si comparecen en su propio nombre y derecho o representados por otra persona.

EXPONEN:

I. Que contrajeron matrimonio canónico con efectos civiles el día en

II. Que el régimen económico que rige su matrimonio es el de gananciales.

III. Que los comparecientes acuerdan la disolución de dicho régimen económico y de la sociedad de gananciales.

IV. Y en su virtud,

OTORGAN

PRIMERO. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DE GANANCIALES.

Disuelto el régimen económico matrimonial de gananciales, proceden ambos esposos a la liquidación de la comunidad en la siguiente forma:

Declaran que el caudal de la comunidad conyugal, está constituido por los bienes comprendidos en el siguiente,

INVENTARIO

1. BIENES INMUEBLES

a) URBANA, finca sita en esta ciudad, c/, de superficie, linda

INSCRITA. En el Registro de la Propiedad de, al tomo, libro, folio, finca nº, inscripción

TITULO. Pertenece dicha finca a Doña y Don en virtud de Escritura de compraventa otorgada a su favor el día y autorizada por el Il.º Notario Don

Se valora dicha finca en la suma de euros.

Y así sucesivamente, dentro de este apartado se han relacionado todos los bienes inmuebles que pertenezcan a la sociedad de gananciales y haremos constar la descripción registral de los mismos, los datos relativos a la inscripción de la finca y cuál de los esposos es el titular de los bienes que relacionamos así como el título de adquisición de los mismos.

2. ACCIONES

a) 7000 acciones al portador, números al ambos inclusive de la sociedad "....." de valor nominal euros.

Se valoran dichas acciones en la cantidad de euros.

TITULO. Dichas acciones pertenecen a Don por haberlas suscrito y desembolsado en la Escritura fundacional de la sociedad en fecha

INSCRITA en el Registro Mercantil de al tomo, libro, folio, finca nº, inscripción

(Y así sucesivamente, se irán relacionando de igual forma todas las acciones cuya titularidad ostente uno u otro cónyuge pero que pertenezcan a la sociedad conyugal)

3. EFFECTIVO

a) Saldo de la cuenta corriente nº de la entidad bancaria, sucursal de la que son titulares ambos esposos Don y Doña, que asciende a euros.

RESUMEN DEL HABER DE LA SOCIEDAD:

A tenor del Inventario y Avalúo realizados el ACTIVO de la sociedad conyugal asciende a la suma de euros.

Por tanto y ante la ausencia de Pasivo el capital repartible asciende a la suma de euros, lo que resulta tras la división de esta cantidad en dos partes queda fijada una CUOTA DE LIQUIDACIÓN para cada cónyuge de euros.

SEGUNDO. ADJUDICACIONES

Practicada la anterior liquidación, los cónyuges comparecientes, para pago de sus respectivos derechos en la sociedad de gananciales, realizan para cada uno de ellos las siguientes ADJUDICACIONES:

a) Don debe percibir por su mitad en la sociedad de gananciales la cantidad de euros y para su pago se le adjudican en pleno dominio los siguientes bienes inventariados:

1. Finca, valorada en euros.
2. Finca, valorada en euros.
3. Acciones nº de la sociedad, valoradas en euros.

Siendo el valor de dichos bienes igual al de su haber el esposo queda totalmente pagado.

b) Doña debe percibir por su mitad en la sociedad de gananciales la cantidad de euros y para su pago se le adjudican en pleno dominio los siguientes bienes inventariados:

1. Finca, valorada en euros.
2. Finca, valorada en euros.
3. Acciones nº de la sociedad, valoradas en euros.

Siendo el valor de dichos bienes igual al de su haber la esposa queda totalmente pagada.

Así pues, en los siguientes términos, los Sres. comparecientes liquidan la sociedad conyugal de frutos e ingresos y aprueban las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y adjudicaciones formalizadas en esta escritura.

SENTENCIAS

1.- SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Diciembre de dos mil cuatro. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Unica de la Audiencia Provincial de La Rioja de fecha 31 de julio de 1998, como consecuencia del juicio declarativo, de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Logroño sobre liquidaciones gananciales, cuyo recurso fue interpuesto por Dña. Rosa , representada por la Procuradora, Dª Mª-Teresa Alas Pumariño Larrañaga, siendo parte recurrida D. Joaquín , sin representación procesal ante este Alto Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Logroño, Don Joaquín promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Dª Rosa sobre liquidaciones gananciales en la que, tras alegar los

hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "Que se mande hacer la partición con inclusión de todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad de gananciales constituida por los cónyuges litigantes, formulando en su caso los lotes que resulten procedentes y/o acordar la celebración de subasta de los bienes que resulten indivisibles hasta llegar a la total liquidación, partición y adjudicación de bienes. Con expresa imposición de costas a la parte demandada."

Admitida a trámite la demanda y comparecida la demandada, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma y formuló reconvencción, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "se declare disuelta la sociedad de gananciales que compartieron los litigantes el día 28 de marzo de 1996 y formada además de por los bienes y deudas recogidos en el activo y en el pasivo descritos en el hecho 3º de la demanda, los siguientes: A) Activo.- 1) Saldos, bonos y en general activos financieros que aparezcan a nombre de D. Joaquín o de Dª Rosa a fecha 29 de marzo de 1996 en las entidades bancarias.- 2) Indemnización percibida o a percibir en su caso por D. Joaquín del FOGASA (Fondo de Garantía Salarial) como consecuencia de la extinción de la relación laboral que en 1993 le unía a la mercantil Talleres Olsa, S.A.- B) Pasivo.-

Pagos realizados por Dª Rosa en concepto de amortización de préstamo hipotecario, concertados con Ibercaja, en concreto 79.000 pts. satisfechas con fecha 17 de agosto de 1996, y sucesivas que puedan ir realizándose por vencimientos posteriores.- 3) Todo ello con expresa condena en costas tanto del procedimiento declarativo como de la reconvencción por temeridad y mala fe en su planteamiento."

Conferido traslado a la actora de la demanda reconvenccional formulada, ésta la evacuó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que "habiendo por recibido este escrito con los documentos anexos y copias de todo ello, tenga por contestada la reconvencción y de a los autos el curso legal."

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 25 de abril de 1997, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que estimando, parcialmente, la Demanda y la Reconvencción a la misma, debo declarar disuelta la sociedad de gananciales que compartieron los litigantes, procediéndose a la liquidación de los mismos y mandando hacer su partición, a iguales partes, tal como se recoge en la distribución por lotes y atribución de los mismos en los apartados anteriores, siendo el Lote A atribuido a D. Joaquín , por un valor de 10.301.412 ptas., y el Lote B a Dña. Rosa , por un valor de 10.500.000 ptas., debiendo

compensar esta última, al Lote A atribuido al actor, en la cantidad diferencial de 99.294 ptas. Debiéndose abonar, por cada parte, en proporción a la cuota indivisa que de la vivienda le corresponda, la amortización de los plazos correspondientes al préstamo que sobre ella tienen pendiente, desde la fecha de la sentencia de separación matrimonial. Cada parte deberá abonar las costas procesales producidas a su instancia, y las comunes, por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Unica de la Audiencia Provincial de La Rioja dictó sentencia en fecha 31 de julio de 1998, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora, D^a Ana-Rosa Ramírez Marín, en nombre y representación de D^a Rosa , contra la sentencia de fecha 25 de abril de 1997, dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n^o 3 de Logroño, en el juicio de menor cuantía n^o 322/96, del que procede el rollo de apelación n^o 430/97.- Debemos estimar y estimamos en parte la adhesión al recurso de apelación planteada por la Procuradora D^a Concepción Fernández-Torija Oyón, en nombre y representación de D. Joaquín , contra la misma sentencia de instancia.- En su consecuencia, debemos revocar y revocamos parcialmente la referida sentencia de instancia en el sentido de que en caso de no compensarse o abonarse entre las partes la cuantía señalada por la participación adjudicada a cada una de ellas respecto del piso vivienda, a que se refieren las actuaciones, se deberá proceder a subastar el mismo, y su importe adjudicado entre las mismas, conforme a la participación que en dicha vivienda les corresponde, según lo dispuesto en esta resolución; con mantenimiento de la sentencia de instancia en todo lo que no se oponga a este pronunciamiento que la modifica.- Todo ello sin hacer imposición de costas causadas en este recurso de apelación a ninguna de las partes. Y abonando cada parte las propias y las comunes por mitad, respecto de las causadas en primera instancia."

2.- SENTENCIA: Por la Procuradora de los Tribunales, D^a. M^a-Teresa Alas Pumariño Larrañaga, en nombre y representación de Dña. Rosa , se formalizó

recurso de casación que fundó en el siguiente motivo: Unico.- A tenor de lo establecido en el art. 1692.4 LEC., por considerar infringidos los artículos 3,2,

96, 103-2 y 1320 del C.c. y los arts. 91 y 144.4 de la Ley Hipotecaria.

CUARTO.- Admitido el recurso, evacuado el traslado conferido y no

habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre, y hora de las 10,30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) a) El matrimonio compuesto por los litigantes, DON Joaquín y DOÑA Rosa , obtuvo SENTENCIA DE SEPARACION MATRIMONIAL, con fecha 6 de junio de 1996, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Logroño, a la que precedieron Medidas Provisionales de dicha Separación, con el nº 671996, recayendo en estas Auto de 28 de Marzo del día anterior, incluyendo aquella Sentencia un inventario de los bienes que se consideraban que formaban parte de la sociedad de gananciales de los cónyuges, respecto a los que no se hizo una liquidación de aquélla y un reparto de lotes en favor de éstos, por no estar los mismos de acuerdo en las operaciones divisorias.

b) El marido planteó demanda de juicio declarativo de Menor Cuantía frente a su esposa, en petición de la liquidación de dicha sociedad económico-matrimonial de gananciales, para que se dictara Sentencia, "mandando hacer la partición, con inclusión de todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad de gananciales constituida por los cónyuges litigantes, formulando en su caso los lotes que resulten procedentes y/o la subasta de los bienes que resulten indivisibles hasta llegar a la total liquidación, partición y adjudicación de bienes".

c) La demandada se opuso a la demanda, contestándola y planteando reconvenición, en la que pedía la disolución de la sociedad de gananciales, con efectos de la fecha del Auto de Medidas Provisionales, de 29 de Marzo de 1996, y no de la de la Sentencia de Separación, describiendo los bienes que constituían el activo y el pasivo (en aquél, los activos financieros existentes a nombre de cualquiera de ellos y la indemnización percibida o a percibir, del "FOGASA" - Fondo de Garantía Salarial- por extinción de la relación laboral que el marido había tenido con la empresa "Talleres Olsa, S.A."; y en el pasivo, los créditos que correspondían a la mujer por las amortizaciones que había abonado del préstamo hipotecario concertado con "Iber-Caja", en concreto de 79.000 ptas. y las sucesivas que abonare).

B) 1º. El Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Logroño, que conoció de los referidos autos nº 322/96, dictó SENTENCIA, en 25 de abril de 1997, por la que dió lugar en parte, tanto a la demanda, como a la reconvenición, declaró disuelta la sociedad de gananciales del matrimonio y procede a su liquidación, realizando

dos lotes, adjudicando el A) al marido (una plaza de garaje, un vehículo automóvil, la indemnización salarial por él percibida y 7/16 partes del piso vivienda, valorado en 10.301.412 ptas.), y el B) a la mujer (el mobiliario del piso-vivienda conyugal y 9/16 partes del mismo, por valor de 10.500.000 ptas., debiendo compensar la mujer al marido en la diferencia, 99.294 ptas., a fin de proceder a la igualación de lotes), debiendo responder cada cónyuge del crédito hipotecario pendiente de amortización, sobre la vivienda, en forma proporcional a la cuota de atribución respectiva del mismo, y todo ello con fecha de la Sentencia de Separación, y declarando que no procedía hacer declaración sobre el reparto de otras cantidades dinerarias obrantes en cuentas bancarias, por haberlas realizado ya los mismos anteriormente de mutuo acuerdo.

2º. La mujer plantea Recurso de APELACION contra dicho Fallo ante la Il. Audiencia Provincial de Logroño, Sección Unica, al que se adhiere el marido, y el mismo es resuelto por dicho Tribunal, mediante su Sentencia de 31 de julio de 1998, la que desestima aquél, en todos los puntos objeto del mismo (efectividad de la liquidación a la fecha del Auto de Medidas Provisionales, presunta incongruencia de la Sentencia, por distribuir el patrimonio en lotes, lo que se entendía que no se había perdido, y la recuperación de pagos parciales del préstamo hipotecario, referencia al uso de la vivienda, y la inclusión en el inventario de los activos financieros), confirmando en ello la Sentencia del Juzgado, y en cuanto a la Adhesión al Recurso hecha por el marido (exclusión del activo de la cantidad percibida del "FOGASA", y la posibilidad de acordar la subasta de la vivienda por ser bien indivisible), lo acoge parcialmente, rechazando el primer punto y estimando el 2º, añadiendo a la Sentencia recurrida, que, "en caso de no compensarse o abonarse entre las partes la cuantía señalada por la participación adjudicada a cada una de ellas respecto del piso-vivienda, a que se refieren las actuaciones, se deberá proceder a subastar el mismo, y su importe adjudicado entre las mismas, conforme a la participación que en dicha vivienda les corresponde".

C) La parte demandada-reconviniente (y apelante principal), plantea Recurso de CASACION, contra la anterior Sentencia ante esta Sala, en petición de que, previa estimación del mismo, se anule y case la indicada Resolución, y se dicte otra, por la que acuerde mantener la indivisión de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad del menor de los hijos del matrimonio, proponiendo al efecto un solo motivo, el que conduce procesalmente por la vía del nº 4º del art. 1692 LEC. (infracción de las normas o de la jurisprudencia aplicables para resolver los puntos objeto del debate), y en el que denuncia la infracción de los arts. 3-2, 96, 103-2 y 1320 C.c. y 91 y 144-4 RH, ya que el uso de la

vivienda familiar se había atribuido en la Sentencia de Separación a la mujer e hijos matrimoniales confiados a su guarda y custodia, y al declararse la posibilidad de venta en pública subasta de la misma, si no pagaba la cantidad establecida como compensatoria a la otra parte, en el caso de adjudicarse la misma, por esa vía, a un tercero, quedaría sin efecto su derecho de uso, que se había establecido en favor del bien o personas más dignas de protección, por lo que debería salvaguardarse ese derecho, impidiendo tal venta o división (como cosa común: art. 400 C.c., en relación con el 3-2 del mismo) durante el tiempo que tardara en llegar a la mayoría de edad el menor de los hijos, pues para su disposición era preciso de autorización judicial, y sin que esta pretensión pueda considerarse "cuestión nueva", puesto que sólo trataba de tutelar unos derechos, amparados en dichos preceptos y en el art. 30 C.E.

SEGUNDO.- El único motivo del Recurso, que se acaba de concretar en su planteamiento por la recurrente, trata de conseguir, tras la anulación y casación de la recurrida, que se dicte una nueva Sentencia de instancia, pero esta especificación en que el mismo consiste, se debía haber planteado en la apelación, o haberse propuesto por la vía de la aclaración de la Sentencia, al no quedar en ella claro este aspecto, que debió quedar fijado (dado los intereses familiares en juego, por existir hijos menores, dignos de toda protección), en la misma: arts. 363-1º LEC. y 267-1 LOPJ. En todo caso, la salvedad que se impone respecto a la disposición restringida, por el cónyuge incluso titular, de la vivienda familiar, dado lo dispuesto en los arts. 96-4 C.c. y 1320-1 del mismo, tendría su especial reserva en la inscripción registral, prevenida en la legislación hipotecaria (vid. Res. D.G.R. y N. de 17-XII-87), pues la jurisprudencia de esta Sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un "ius ad rem", con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles, aparte del también acceso del resto de la Sentencia de Separación al Registro Civil, como previene el art. 102-2º-

3 C.c., lo que podrá instarse en ejecución de Sentencia. Lo que no puede impedirse es su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles (S. de 22-V-95, de esta Sala). Por ello, la pretensión del actual Recurso, es en sí inadmisibile, tal como se plantea, sin perjuicio, como se dice, de poder la esposa hacer valer las garantías que correspondan para la satisfacción de los derechos de los usuarios, concedidas por decisión judicial, de la vivienda, por el periodo que, en definitiva, se establezca.

TERCERO.- Deben ser impuestas las COSTAS correspondientes al presente Recurso, a la parte recurrente (art. 1715-3 LEC.).

VISTOS los preceptos legales citados y de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Debemos desestimar y DESESTIMAMOS el Recurso de CASACION, interpuesto en las presentes actuaciones por la representación procesal de la recurrente (demandada y apelante), DOÑA Rosa , contra la SENTENCIA dictada en las mismas por la ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA (Sección Unica) de fecha 31 de julio de 1998, en autos de juicio declarativo de menor Cuantía nº 322/96, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia de Logroño número Cinco (5), declarando NO HABER LUGAR al mismo; y con expresa imposición de las COSTAS procesales correspondientes al presente Recurso, a la parte recurrente. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- FRANCISCO MARIN CASTAN.- RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA

CASCAJARES.- Firmado y

Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

3.- SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por Montserrat , representado por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la Sentencia dictada, el día 28 de Mayo de 1.998,,por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número cuatro, de los de Gijón. Es parte recurrida D. Pedro , y a su fallecimiento, ocurrido el día 21 de abril de 2.003, su esposa Dª Bárbara y su hijo D. Hugo , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Julia Corujo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D. Pedro y Dª Bárbara , contra Dª Pilar , en reclamación de cantidad. El suplico de la

demanda es del tenor siguiente: "... se dicte en su día Sentencia por la que se condene: A Don Ignacio y a Doña Montserrat . a abonar a mis representados la cantidad de 38.831.276 pts. más otra cantidad que se determinará en ejecución de Sentencia para intereses y costas del presente procedimiento."

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D^a Montserrat como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia por la que se condene a mi mandante en los términos estrictos del allanamiento que se formula, sin imposición de costas, y, en el resto, se desestime la demanda formulada con expresa imposición de costas a la parte actora."

Por propuesta de providencia de fecha 7 de Octubre de 1.996, se declaró la rebeldía procesal del demandado D. Ignacio , al haber transcurrido el plazo concedido para personarse y contestar a la demanda.

Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y acordado éste, las partes propusieron las que estimaron convenientes, pasándose a la práctica de las declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 18 de Septiembre de 1.997 y con la siguiente parte dispositiva: " Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Pilar , en nombre y representación de D. Pedro y D^a Bárbara , contra D. Ignacio , rebelde, y D^a Montserrat , que fué representada por la Procuradora Dña. Margarita Vidal López, debo condenar y condeno a los codemandados a abonar a los actores la cantidad de treinta y ocho millones ochocientas treinta y una mil doscientas setenta y seis pesetas (38.831.276 pts.) que le adeudan, mas los intereses por la misma generados, los cuales se determinarán en fase de ejecución de sentencia, y el total de las costas causadas."

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a Montserrat . Sustanciada la apelación, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó Sentencia, con fecha 28 de Mayo de 1.998, con el siguiente fallo: "SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACION interpuesto por D^a Montserrat contra la sentencia dictada en autos de juicio de menor cuantía, que con el número 599/96 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Gijón. sentencia que se confirma con expresa imposición de las costas a la parte recurrente."

TERCERO. D^a Montserrat , representado por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 1.261 del Código Civil.

Segundo: Con fundamento en el mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de los artículos 1.362.4 y 1.365.2 del Código Civil.

Tercero: Con fundamento en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del principio de congruencia del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto: Con fundamento en el mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del principio de congruencia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a Isabel Juliá Corujo, en nombre y representación de D. Pedro , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de Noviembre de dos mil cuatro, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los demandantes, fiadores que, como tales, habían pagado a los respectivos acreedores las deudas garantizadas, ejercitaron en la demanda acción de regreso, por la parte proporcional, contra los otros dos cofiadores solidarios, casados entre sí.

El marido demandado no contestó la demanda y la mujer se allanó a ella en parte, pues declaró fundada la pretensión deducida en su contra hasta la suma correspondiente a una deuda que ella había afianzado; el resto negó deberlo, por no tener la condición de garante de las deudas que lo generaron. El Juzgado de Primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a los dos cónyuges demandados a pagar a los demandantes la mitad de las cantidades por ellos entregadas a los acreedores de la deudora afianzada (esto es, treinta y ocho millones ochocientos treinta y una mil doscientas setenta y seis pesetas) y los intereses moratorios correspondientes. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de la demandada y ésta interpuso contra su Sentencia recurso de casación, por los cuatro motivos que se examinan seguidamente. Se considera probado, porque así se declaró en la instancia, que (a) los cónyuges demandados estaban casados en régimen de gananciales, (b) las deudas afianzadas tenían naturaleza ganancial o consorcial y (c) la ahora recurrente no fue parte (fiadora) mas que en uno de los tres contratos de fianza causantes de los pagos efectuados por los demandantes.

SEGUNDO. Para dar respuesta al primero de los motivos del recurso, se hace necesario distinguir entre deuda (deber de realizar la prestación) y responsabilidad patrimonial (sujeción del patrimonio propio a la facultades de agresión de los acreedores, para la satisfacción coactiva de los créditos). Distinción que da pie para declarar que, en los matrimonios regidos por las normas de la sociedad de gananciales, si la obligación la contrae, nomine propio, uno de los cónyuges él será el único deudor, no el otro (ni aquella sociedad, carente de personalidad jurídica); y que, pese a ello, responderán directamente ambos cónyuges con los bienes comunes si (como se ha dicho, habiéndola contraído sólo uno y, por lo tanto, no los dos o uno con el consentimiento del otro, casos previstos en el artículo 1.367 del Código Civil) la deuda es de la naturaleza que el legislador toma en consideración para facultar a los acreedores a que hagan efectivo su derecho con una ejecución directa sobre los bienes comunes. Una de las deudas de tal condición es la que menciona el artículo 1.365.1º del Código de Comercio, precepto que aplicó la Audiencia Provincial para calificar las que causaron la condena (en cuanto nacidas del ejercicio de la gestión de los bienes gananciales), en términos que no cabe sino mantener.

Por ello, D^a Montserrat adeuda la suma que admitió deber, al allanarse a la demanda, pero no el resto, ya que no celebró el contrato que lo generó, aunque, junto con su cónyuge, el otro demandado, responda directamente de todo el débito con los bienes gananciales.

De ahí que deba ser estimado el primero de los motivos del recurso de casación interpuesto por dicha demandada. En él se denuncia, con apoyo en el artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, la infracción del artículo 1.261 del Código Civil, al haber sido condenada como deudora a consecuencia de dos contratos de fianza en los que no fue parte contratante, ya que no consintió en celebrarlo.

El segundo de los motivos no merece especial comentario, como no sea el consistente en reproducir lo expuesto sobre el anterior, ya que en él, aunque se denuncie la infracción de los artículos 1.362.4ª (no aplicable a las relaciones con los terceros) y 1.365.2º del Código Civil (no aplicado en la Sentencia recurrida, que, como se ha dicho, encuentra apoyo en el apartado 1º del mismo precepto), la recurrente realmente reproduce la misma cuestión planteada en el primero: no habiendo consentido las dos fianzas no puede ser condenada como fiadora.

TERCERO. En los motivos tercero y cuarto, con fundamento en el artículo 1.692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, acusa la recurrente la infracción del artículo 359 de la misma Ley. Afirma que la Sentencia recurrida es incongruente.

La congruencia constituye un requisito de la Sentencia impuesto por los principios dispositivo y de contradicción, que se identifica con la

necesaria adecuación entre ella y las peticiones de las partes. Para calificar una Sentencia como congruente se impone confrontar su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo y objetivo (causa de pedir y petición).

Pues bien, la comparación de esos términos pone de manifiesto que la Sentencia recurrida es plenamente congruente, pues desestimó la apelación de la ahora recurrente respecto de una Sentencia que había condenado a los dos demandados a pagar a los demandantes exactamente lo que éstos habían pretendido en el suplico de la demanda (la suma de treinta y ocho millones ochocientas treinta y una mil doscientas setenta y seis pesetas y los intereses moratorios), con causa en el pago por ellos de las deudas garantizadas por diversos contratos de fianza.

Han de ser desestimados, en consecuencia, los dos referidos motivos, que, a mayor abundamiento, nada tienen que ver con la congruencia. En efecto, el inexistente vicio se vincula, en el tercer motivo, al orden en que, en opinión de la recurrente, deberían responder los demandados con sus bienes gananciales (ya se ha dicho que se trata de una responsabilidad directa). Y, en el cuarto, a una supuesta reducción de la cuantía de lo debido por haber percibido los actores determinadas cantidades de las que no hay reflejo en los escritos de alegaciones de las partes ni en la Sentencia de las dos instancias.

CUARTO. Procede estimar el primer motivo del recurso y casar la Sentencia en parte, en los términos que se han expresado en el fundamento de derecho segundo.

Los pronunciamientos sobre las costas deben ser alterados, consecuentemente, respecto de D^a Montserrat , de modo que dejamos sin efecto las condenas de ese contenido pronunciadas contra la misma en las dos instancias, en aplicación de los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por D^a Montserrat , contra la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, con fecha veintiocho de Mayo de mil novecientos noventa y ocho, de modo que casamos dicha Sentencia, exclusivamente en la parte que condena a la ahora recurrente a pagar a los demandantes, con el otro demandado, treinta y ocho millones ochocientas treinta y una mil doscientas setenta y seis pesetas y los intereses de tal suma. Dejamos sin efecto ese pronunciamiento y, en su lugar, con mantenimiento del fallo respecto del otro demandado, condenamos a D^a Montserrat a pagar a los

demandantes quince millones de pesetas y los intereses moratorios, en los términos señalados en el fallo recurrido.

Y declaramos que del total de la suma antes referida responden los dos demandados con los bienes gananciales.

No formulamos pronunciamiento de condena en costas de las dos instancias ni de la casación, contra la repetida recurrente.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos .-IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ.- JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL.-

Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

4.- SENTENCIA.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador de los Tribunales D. Rafael Cuevas Castaño, en nombre y representación de D. Cosme , formuló demanda de menor cuantía, contra D^a Inmaculada , siendo parte el Ministerio Fiscal, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar

suplicando al Juzgado dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: 1) Conferir la guarda y custodia del hijo común al actor, compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre él, quedando junto con aquél en el domicilio de la c/ DIRECCION000 n° NUM000 , de esta ciudad, del que deberá salir la demandada, retirando sus objetos de uso personal, dejando para ejecución de sentencia la contribución de la madre a los alimentos de su hijo.

2) Alternativamente al pronunciamiento anterior, conferir la custodia del hijo a su madre, siendo igualmente compartida por ambos padres la patria potestad sobre aquel, señalando a madre hijo un domicilio en esta ciudad, al menos durante el presente curso escolar. 3) Fijar a favor del progenitor no custodio el derecho a visitar al hijo común y tenerlo consigo, con flexibilidad, nunca inferior a los fines de semana alternos, desde la mañana del sábado a la noche del domingo, así como a la mitad

de las vacaciones escolares, que se entenderán divididas en dos periodos de similar duración, a disfrutar alternativamente por los padres. 4) Para el caso de que le fuera conferida a la madre la custodia del niño, fijar como distribución del padre a los alimentos de éste, las siguientes cantidades: Cincuenta mil pts (50.000 pts) mensuales, como contribución al alquiler de la vivienda de esta ciudad en la que se instalen madre e hijo. Dicha suma se suprimirá o se le fijará un plazo razonable, cuando D^a Inmaculada marche de Salamanca, o varíen sus circunstancias por la razón que fuere.

Cincuenta mil pts (50.000 pts) también mensuales, para atender el resto de los alimentos -en sentido amplio- del hijo. Citadas cantidades se ingresarán dentro de los cinco primeros días de cada mes en cuenta bancaria de la que sea titular la madre y se revisarán anualmente conforme a las variaciones del I.P.C. o su equivalente futuro. Por Otrosí suplico al Juzgado" Que admitiendo el precedente otrosí, tras audiencia de las partes y del Ministerio Pública adopte las siguientes medidas: 1) Que el hijo de los litigantes, Ángel Jesús de 7 años de edad, quede bajo la guarda y custodia de su padre, sometido a la patria potestad de ambos progenitores, residiendo junto con aquél en la c/ DIRECCION000 n° NUM000 - NUM001 , NUM002 , de esta ciudad, del que saldrá Dña. Inmaculada a la mayor brevedad, pudiendo retirar sus objetos personales. 2) Alternativamente, conferir la custodia del niño a su madre, igualmente sometido a la patria potestad de ambos progenitores, señalando a madre e hijo un domicilio en la ciudad de Salamanca, al menos durante el presente curso escolar.

3) Fijar el derecho de visita del progenitor que no tenga consigo al niño en la forma mas conveniente para éste y nunca inferior a los fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares divididas éstas en dos alternos y la mitad de las vacaciones escolares, divididas éstas en dos periodos de similar duración a disfrutar alternativamente por los progenitores. 4) Para el caso de que la custodia del niño se le de a la madre, establecer la contribución del padre a los alimentos de su hijo, de la siguiente manera: 50.000 pts. mensuales para el alquiler de la vivienda que ocupe junto a su madre. Citada suma se suprimirá o se le fijará un plazo, si la Sra. Inmaculada se ausenta de Salamanca o cambian sus circunstancias de manera favorable para ella. 50.000 pts mensuales como contribución al resto de los alimentos del niño, en sentido amplio".

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos el Procurador D. Valentín Garrido González, en nombre y representación de D^a Inmaculada , quien contestó a la misma y tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia con los

siguientes pronunciamientos: 1) Compartiendo D. Cosme y D^a Inmaculada la patria potestad sobre el hijo habido de su convivencia, atribuya la guarda y custodia del mismo a su madre, D^a Inmaculada . 2) Fijar a favor de D. Cosme el derecho a visitar al hijo común y tenerlo consigo en fines de semana alternos, desde la mañana del sábado hasta la noche del domingo; así como la mitad de las vacaciones escolares, que divididas en dos periodos similares de duración, serían disfrutadas alternativamente por los progenitores. 3) Fijar como contribución del padre a los alimentos del niño: A).- La adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a las que la pareja ha estado ocupada hasta ahora de manera que así se pueda asegurar una estabilidad a Ángel Jesús (hijo de los litigantes). B) Ciento cincuenta mil pesetas (150.000 ptas.) mensuales para atender, en sentido amplio, al resto de los alimentos. La citada cantidad será objeto de revisión anual de conformidad con las variaciones del I.P.C. o su equivalente futuro. E ingresada en una cuenta bancaria destinada al efecto, dentro de los primeros cinco días de cada mes. C).- Ciento cincuenta mil pesetas (150.000 Ptas) mensuales, para atender a los gastos ordinarios sufridos por mi representada en orden a su manutención. 4) Proceder al inventariado, liquidación y adjudicación de los bienes adquiridos durante la convivencia ya sea conjuntamente o por uno de ellos con intención de aportarlos a un "caudal común" y que forman lo que el Tribunal Supremo acertadamente denomina: "sociedad irregular de carácter universal". Estas operaciones deberán realizarse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 392 y siguientes del Código Civil, relativos a la comunidad de bienes y que será objeto de aplicación analógica. Por Otrosí suplicaba al Juzgado "que admitiendo el precedente otrosí, tras audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, sean adoptadas las medidas siguientes: 1.- Que Ángel Jesús , hijo de la pareja, quede bajo la guarda y custodia de su madre, aunque sometido a la patria potestad de ambos. 2.- Que se fije a favor de D. Cosme un derecho de visitas al hijo consistente en fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones escolares, que divididas en dos periodos similares de duración, serían disfrutadas alternativamente por los progenitores. 3.- Fijar como contribución del padre a los alimentos: a) La adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a la que en este momento ocupa la pareja. b) Ciento cincuenta mil pesetas (150.000 Ptas) mensuales para atender al resto de los alimentos, en sentido amplio. Ciento cincuenta mil pesetas (150.000 Ptas) mensuales para atender a la manutención de D^a Inmaculada ". 3.- Emplazándose en legal forma al Ministerio Fiscal, contestó a la demanda manifestando su oposición a la misma en tanto no se acreditasen los hechos. Con respecto del Otrosí de la demanda contestó

que era procedente convocar una comparecencia conforme el artículo 1428 de la LEC y acordar las medidas más convenientes para el hijo.

4.- Practicadas las pruebas declaradas pertinentes y unidas a los autos, el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Salamanca, dictó sentencia en fecha 29 de octubre de 1998 cuyo FALLO es como sigue: "En la demanda interpuesta por el Procurador D. Rafael Cuevas Castaño, en nombre y representación de D. Cosme contra D^a Inmaculada , representada por el Procurador D. Valentín Garrido González y en la que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debo conceder y concedo las siguientes medidas para regir las relaciones personales y paterno-filiales entre las partes: 1º.- El hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre, en el hasta hora hogar familiar, sito en la C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 NUM002 , de esta Ciudad, siempre y cuando permanezcan en la misma; caso de abandonarla, se perderá dicho derecho. 2º.- Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad del hijo común. 3º.- El padre podrá visitas a su hijo, fines de semana alternos en horas comprendidas entre las 10 horas del sábado a las 21 horas del domingo, así como periodos vocacionales por mitad. 4º.- El padre deberá pasar a la madre en concepto de alimentos para el hijo común, la cantidad de 60.000.- Ptas/mes, pagaderas por adelantado, dentro de los cinco primeros días y a la que se aplicará el IPC anual correspondiente. Y todo ello, sin realizar declaración especial sobre las costas causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Salamanca, dictó sentencia en fecha 18 de febrero de 1999, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de 1ª Instancia nº 7 de Salamanca con fecha 29 de Octubre de 1998 en los autos originales de que el presente Rollo dimana, en el sentido de mantener los apartados segundo y tercero de la misma y sustituir los apartados primero y cuarto por los siguientes: 1º.- El hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre en el hasta ahora hogar familiar, sito en el C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 de esta Ciudad; más en el supuesto de que a aquella deje de interesarle el uso de dicho inmueble, el actor - que recuperará los derechos de uso y habitación cedidos- compensará a aquella con la cantidad de sesenta y cinco mil pesetas mensuales- con aplicación anual del I.P.C. elaborado por el I.N.E. y que deberá destinar al alquiler de la vivienda que sustituya a la primera; y 4º.- El padre deberá pasar a la madre, en concepto de alimentos para el hijo común la cantidad de

setenta y cinco mil pesetas mensuales, pagaderas por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes, a lo que se le aplicará el I.P.C. anual correspondiente; ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada".

TERCERO.- 1 El Procurador de los Tribunales D. Celso de la Cruz Ortega, en nombre y representación de D. Cosme , interpuso recurso de casación contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Salamanca, con apoyo en los siguientes motivos: "PRIMERO.- Amparado en el nº 3, primer inciso, del art. 1692 de la L.E.C. por infracción del art. 359 de dicha Ley Procesal. 8 (congruencia).

SEGUNDO.- Amparado en el nº 4 del art. 1692 de la LEC por infracción por aplicación indebida del art. 96 del Código Civil y su jurisprudencia interpretativa. TERCERO.- Amparado del mismo precepto por infracción del art. 154 en relación con el art. 142 del Código Civil. CUARTO.- La sentencia recurrida vulnera el derecho fundamental a la obtención de la tutela efectiva de jueces y tribunales que confiere a mis mandantes el art. 24 de la constitución Española".

2.- Admitido el recurso de casación por auto de fecha 16 de enero de 2002, se entregó copia del escrito a la representación de los recurridos, conforme lo dispuesto en el artículo 1710.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en el plazo de 20 días pueda impugnarlo.

3.- La Procuradora de los Tribunales D^a Elena Lourdes Fernández Fernández (sustituida posteriormente por su compañera D^a María Dolores de Haro Martínez, en nombre y representación de D^a Inmaculada , presentó escrito de impugnación al recurso de casación interpuesto de contrario.

4.- Asimismo el Ministerio Fiscal presentó escrito impugnando el mencionado recurso de casación.

5.- Al no haberse solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día veinticuatro de junio del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. PEDRO GONZÁLEZ POVEDA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Versando el litigio entablado entre recurrente y recurrida sobre las medidas a adoptar en relación con el hijo común de ambos, con motivo de la ruptura de la unión de hecho establecida entre aquéllos, la sentencia recurrida acuerda que "el hijo común permanecerá bajo la guarda y custodia de su madre en el hasta ahora hogar y familiar, sito en la C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 - NUM002 de esta

Ciudad". Al amparo del art. 1692.3º, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con alegación del art. 359 de este texto legal, se denuncia incongruencia de la sentencia al no haber solicitado ninguna de las partes tal atribución del que había sido hogar familiar, vivienda de propiedad exclusiva del padre.

Es cierto que el padre demandante y recurrente en casación ofreció en su escrito de demanda, para el caso de que no se le otorgase la guarda y custodia del hijo, "cincuenta mil pesetas mensuales, como contribución al alquiler de la vivienda de esta ciudad en la que se instalen madre e hijo, y que la madre propugnó en su contestación a la demanda "la adquisición de una vivienda en la misma zona y de análogas características a las que la pareja ha estado ocupando hasta ahora de manera que así pueda asegurar una estabilidad a Ángel Jesús (hijo de los litigantes)". Ahora bien, en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales.

Por ello al proveer el Juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía en la forma que se ha transcrito no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el Juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes.

En consecuencia se desestima el motivo.

Segundo.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo segundo denuncia aplicación indebida del art. 96 del Código Civil y su jurisprudencia interpretativa. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia "more uxorio" y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 que "es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo y añade "y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho". Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad. Por lo que se desestima el motivo.

Por lo expuesto ha de desestimarse igualmente el motivo tercero en que se denuncia infracción del art. 154 del Código Civil en relación con el

art. 142 del mismo Código, ya que el Tribunal "a quo" ha realizado una ponderada valoración de los intereses de ambas partes al estimar más digno de protección el del hijo menor y el de su madre a la que se confía la guarda y custodia.

Procede igualmente la desestimación del motivo cuarto en que se limita a denunciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, con cita del art. 24 de la Constitución, sin razonar su pertinencia y fundamentación como de forma inexcusable exige el art. 1707, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero.- La desestimación del recurso comporta la condena en costas de la parte recurrente por mandato del art. 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Cosme contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas de este recurso. Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de Apelación, en su día remitidos.