

RESUMEN

La Audiencia estima parcialmente, tanto el recurso de apelación del demandante, como el interpuesto por la demandada contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda de separación. Del conjunto probatorio no se infiere una capacidad económica real en el hijo mayor de edad que constata su independencia económica, sin que la condición de socio de la mercantil, de la que su madre es administradora única, por sí misma, implique que tenga recursos propios suficientes. El hijo convive en el hogar familiar, aunque esté temporalmente residiendo fuera de él por motivo de estudios. La Sala considera que el juzgado que ha conocido del procedimiento de separación matrimonial instado por los cónyuges es también el competente para conocer de la liquidación del régimen económico ganancial que rigió entre las partes.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.218 art.806 art.807
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.93.2 art.96 art.103.2 art.146 art.1325 art.1326 art.1392.4
RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil
art.359

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**ALIMENTOS****PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL**

- A favor de los hijos
 - Determinación de la cuantía
 - Proporcional a ingresos y necesidades
- Hijos mayores de edad
 - Cuestiones generales
 - Extinción de la obligación
- Supuestos en que no procede

MATRIMONIO**EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

- Atribución de la vivienda familiar
- Cónyuge más necesitado

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: *Apelación, Separación matrimonial*

Legislación

Aplica art.218, art.806, art.807 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.93, art.96, art.103.2, art.146, art.1325, art.1326, art.1392.4 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Aplica art.359 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Cita art.46, art.808, art.809, art.810, art.811, lib.4tit.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.98 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.95, art.142, art.145, art.1327, art.1328, art.1329, art.1330, art.1331, art.1332, art.1333, art.1334, art.1335, art.1392, art.1393, art.1394, art.1395, art.1396, art.1397, art.1398, art.1399, art.1400, art.1401, art.1402, art.1403, art.1404, art.1405, art.1406, art.1407, art.1408, art.1409, art.1410, art.1411, art.1412, art.1413, art.1414, art.1415, art.1416, art.1417, art.1418, art.1419, art.1420, art.1421, art.1422, art.1423, art.1424, art.1425, art.1426, art.1427, art.1428, art.1429, art.1430, art.1431, art.1432, art.1433, art.1434 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita SAP Santa Cruz de Tenerife de 13 noviembre 1999 (J1999/46064)

Cita SAP Madrid de 24 abril 1998 (J1998/26754)

Cita STS Sala 1ª de 11 febrero 1998 (J1998/940)

Cita STS Sala 1ª de 5 noviembre 1997 (J1997/8182)

Cita STS Sala 1ª de 2 diciembre 1987 (J1987/8926)

Cita STC Sala 2ª de 23 julio 1987 (J1987/142)

Cita STC Sala 2ª de 10 diciembre 1984 (J1984/120)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada dice:

“Que estimando como estimo la concurrencia de causa legal de separación (falta de affectio maritalis); debo declarar y declaro la separación de los cónyuges D. Bartolomé, representado por el Procurador Sr. Cantero Brosa, y Dª Almudena, representada por el Procurador Sr. Blat Avilés, con todos los efectos legales y en especial con los siguientes:

Primero: A partir de este momento cada uno de los cónyuges puede designar libremente su domicilio.

Segundo: La revocación de todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hayan otorgado.

Tercero: Estese a lo acordado en el fundamento de derecho cuarto y quinto en cuanto a las medidas complementarias solicitadas y no adoptadas.

No procede hacer expresa imposición de las costas procesales”.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose solicitado prueba, se señaló para estudio, votación y fallo el día 21 de febrero de 2003

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales.

Es ponente de la sentencia el Ilmo. Sr./Sra. D./Dª julio Manrique de Lara Morales, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia que estimó en parte la demanda rectora en los Autos del Juicio sobre Separación Matrimonial número 494/2001, del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Familia de Las Palmas de GC., se alzan ambas partes, actor y demandada en la instancia, manifestando esta última, sucintamente y en primer lugar, que de la acreditada realidad económica de la entidad mercantil, Agencia Tres Merchandising y Promociones, S.L., de la que es administradora única, no puede desprenderse que el hijo del matrimonio, Jorge, cuente con recursos propios para subsistir; asimismo, considera que teniendo en cuenta los emolumentos percibidos por el actor, sobre los que se ha practicado prueba en esta alzada, aún subsiste su obligación de contribuir a los alimentos de aquél.

En segundo lugar, indica que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia omisiva, pues no se ha pronunciado sobre una de las alegaciones sustentadas por ella en la instancia, concretamente, solicitó un pronunciamiento relativo a la fecha en la que debían regir los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial que tuvo lugar entre los esposos constante su matrimonio, entendiendo que, con arreglo al artículo 1393.4º del Código civil, tal disolución debe haberse producido en el momento en que el actor incumplió sus elementales obligaciones matrimoniales, es decir, el 4 de noviembre de 1996, debiendo retrotraerse sus efectos a tal fecha, en lugar de la del día 1 de diciembre de 2000, fecha de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales otorgada por ambos cónyuges ante Notario, motivos por los que, entiende, resulta procedente que, con revocación de la sentencia impugnada, se estime íntegramente el recurso de apelación por ella interpuesto.

Frente a tales alegaciones muestra su disconformidad, oponiéndose, el actor aduciendo, por el contrario, que siendo la actora y el hijo común socios de una entidad mercantil, cuyos sustanciosos beneficios han quedado acreditados en las actuaciones, resulta inviable la pretensión sostenida de contrario, en cuanto a su contribución a los alimentos de aquél; a mayor abundamiento, considera que no resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 93 del Código civil, pues el hijo, que es mayor de edad, no convive en el domicilio familiar, además de que tampoco, por lo manifestado, carece de ingresos propios.

Por otro lado, discrepa de la apelante en cuanto a la fecha de efectos de la disolución del régimen económico del matrimonio, debiendo, según entiende, tenerse en cuenta la de 1 de diciembre de 2000, fecha de la señalada escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

Asimismo, impugna el concreto pronunciamiento de la Sentencia de instancia relativo a la no atribución en exclusiva a alguno de los cónyuges el uso y disfrute de la vivienda familiar, considerando que, teniendo su esposa unos ingresos económicos superiores a los suyos propios, es clara la concurrencia en él de la consideración de interés más necesitado de protección, por lo que resulta procedente asignarle tal uso y disfrute. Finalmente, reitera la solicitud de aquellas medidas provisionales patrimoniales que fueron desestimadas en el oportuno y previo procedimiento de medidas; y

concluye argumentando, en contra de lo establecido en Sentencia, que una interpretación conjunta de los artículos 806 y 807 de la LEC permite llegar a la conclusión de que el Juzgado de Familia ante el que se instó el procedimiento de separación es el competente para conocer de la solicitud promovida de liquidación de la sociedad de gananciales que en su día fue disuelta por capitulaciones matrimoniales, fundamentos por los que interesa que, con revocación de la sentencia apelada, se estime el recurso de apelación en los términos contenidos en el correspondiente escrito.

SEGUNDO.- Por razón de sistemática se analizará, en primer lugar, el recurso interpuesto por la demandada que se sustenta, conforme se ha indicado, en dos concretos motivos de apelación; interesa, por un lado, se declare la obligación, que ha de recaer en el actor, de contribuir a los alimentos del hijo común del matrimonio y, por otro, se establezca la fecha en que ha de tener efectos la disolución del régimen económico matrimonial, acordada por ambos cónyuges en capitulaciones matrimoniales.

Respecto al primero de ellos, el debate se centra en la consideración de si el único hijo del matrimonio, Jorge, que es mayor de edad, disfruta de recursos propios que le permiten subsistir sin la necesaria ayuda económica de sus progenitores, tal y como sostiene el actor o si, por el contrario, como mantiene la demandada, aquél no cuenta con ingresos exclusivos con los que hacer frente a sus necesidades requiriendo, por ello, del auxilio de ambos padres.

Deberán, en este sentido, tenerse en cuenta los datos económicos que se desprenden de la abundante prueba documental que obra en las actuaciones.

Consta, en este sentido, que Jorge es socio de la mercantil Agencia Tres Merchandising y Promociones, S.L., que dicha entidad tiene un capital social de 75.150 €, dividido en 1.250 participaciones por importe de 60,12 € cada una, de las que 1.000 pertenecen a la demandada y 250 al hijo (Folios 102 a 107). Que la citada sociedad tuvo unos beneficios netos, después de impuestos, en el ejercicio 2000, de 19.108.361 pesetas, que de dicho importe se destinaron 17.000.000 de pesetas a la reserva de inversiones en Canarias (Folio 208) invirtiéndose en la adquisición de dos locales, el resto de tales rendimientos, 2.108.361 pesetas, se aplicó a reservas voluntarias (Folio 208), no constando, por lo apuntado, reparto de beneficios entre los partícipes (lo que corrobora, por testimonio, D. Donato, asesor fiscal y contable de la mentada entidad, acto del juicio oral).

Asimismo, en los extractos de la cuenta corriente núm.000, de la Caja General de Ahorros de Canarias, Avda. Anaga núm. 7, a nombre de Jorge, aparecen impositivos en efectivo, por importes variados, algunas de 50.000 pesetas (5 de diciembre de 2000, 10 de enero de 2001, Folios 84 y 85), otras por importe de 100.000 pesetas con el nombre de D^a Almudena (6 de febrero, 5 de abril, 8 de mayo de 2001, Folios 85 y 86) y otras en cuantía de 110.000 pesetas, también en alguna de ellas figura el nombre de la demandada (6 de junio, en el que se refleja la mención alquiler más gastos de junio, 9 de julio, 8 de agosto de 2001, Folio 87).

Éste es también titular de otra cuenta corriente, núm.001, Caja General de Ahorros de Canarias, calle Concepción Arenal núm. 12, Las Palmas, cuyo saldo, a 16 de diciembre de 2001 ascendía a la cantidad de 13,57 € (Folio 34 del presente Rollo de Apelación).

Por otro lado, Jorge se encuentra actualmente residiendo en Santa Cruz de Tenerife, por motivos de estudios, teniendo suscrito contrato de alquiler (Folios 46 y 47) por un importe, en concepto de renta, de 70.000 pesetas mensuales, hecho y cuantía que no ha sido objeto de controversia entre las partes, siendo admitida por el propio actor en su escrito de interposición del presente recurso (Folio 303), y ha prestado sus servicios retribuidos por cuenta ajena, mediante contrato eventual a tiempo parcial, suscrito con la empresa El Corte Inglés S.A., desde el 3 de noviembre de 2001 hasta el 15 de enero de 2002 (Folio 261).

Tales datos no permiten inferir una capacidad económica real en el hijo del matrimonio que posibilite la convicción de esta Sala acerca de su independencia económica.

La condición de socio de la mercantil, de la que su madre es administradora única, por sí misma, no implica que tenga recursos propios para la subsistencia; no constando otro dato, el único rendimiento que, con carácter general, podría asumir en su condición de socio sería el reparto de beneficios de la sociedad, en proporción al porcentaje de capital social que por su titularidad pudiera corresponderle, en este caso, un 20% de dicho beneficio, al poseer 250 de las 1.250 participaciones en las que se divide el capital social, habiéndose acreditado en las actuaciones fehacientemente que la empresa no ha repartido beneficios, y que éstos, como se ha observado, han sido destinados a reserva de inversiones en Canarias, así como a reservas voluntarias, y no constando que perciba de la citada entidad cuantía alguna por otro concepto, se reitera, por su condición de socio (verbigracia, sueldo, salario, pensión, retribución en especie, etc.), puede inferirse que, según lo actuado, su condición de socio de la mercantil no le proporciona recursos suficientes para llevar una vida económicamente independiente de ambos progenitores.

Esta conclusión queda reforzada por el análisis de las certificaciones bancarias aportadas de las que Jorge es titular, observándose el ingreso de 110.000 pesetas mensuales que efectúa la demandada a su nombre, así como el gasto acreditado de alquiler, además de un dato que esta Sala considera de especial trascendencia y es el relativo al trabajo eventual que ha realizado durante los meses de noviembre y diciembre de 2001 y enero de 2002, tratándose en este caso de un indicio más que refuerza la tesis de la Sala, pues si tuviera ingresos propios no tendría necesidad de realizar este tipo de trabajos esporádicos.

De todo lo anteriormente señalado, se desprende que, precisando el hijo común del matrimonio de la ayuda económica de sus progenitores, dada su carencia de recursos propios para subsistir, encontrándose en la actualidad cursando estudios en la isla de Tenerife, residiendo en una vivienda de

alquiler, siendo, en la actualidad, la demandada la que actualmente se encuentra abonando todos sus gastos, su pretensión ha de merecer parcial acogida en lo que respecta a la contribución paterna a los gastos del hijo común.

Con carácter general, dispone el artículo 93 del Código civil que el Juez determinará, en todo caso, la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

Se deduce de esta norma que el mandato impuesto al Juez es imperativo y que, por ello, éste habrá de velar por el interés de los hijos, alcanzando la obligación alimenticia a ambos progenitores.

Para su adecuada determinación, en este caso concreto, tratándose de un hijo mayor de edad, resulta de aplicación el párrafo segundo de la norma anteriormente comentada, por más que el actor se empeñe en señalar que el hijo no convive en el hogar familiar, puesto que el motivo por el que se encuentra, temporalmente, residiendo en Tenerife, es el de los estudios que en la actualidad está llevando a cabo, precisando, por lo señalado y por carecer de ingresos propios, de la ayuda económica de ambos padres.

Debe, por ello, acudir a los artículos 142 y siguientes del Código civil, entre los que cabe destacar el artículo 145 que, en orden al reparto de la obligación entre los que han de prestarla, establece que ha de hacerse en proporción al caudal respectivo; y el artículo 146 del mismo cuerpo legal que señala que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Consecuentemente con lo anteriormente precisado, para determinar la cuantía de la señalada pensión y fijar la contribución de cada cónyuge, deben tenerse en cuenta, en todo caso, las disponibilidades económicas de cada uno de los esposos, los ingresos y la existencia de bienes privativos.

La aportación ha de valorarse, por tanto, teniendo en cuenta todas sus circunstancias patrimoniales, entre las que merece especial atención la situación económica “actual” en que cada uno de ellos se encuentre.

Atendiendo a los precedentes criterios, se destaca que, de las certificaciones bancarias de la cuenta núm.002 de la Caja General de Ahorros de Canarias, de la que es titular D. Bartolomé, se desprende que los ingresos de éste ascienden a la cuantía de 1.371,92 € mensuales (Folios 36 a 61 del presente Rollo de apelación), no hallándose, en contra de lo sostenido por la demandada, percibiendo ningún tipo de pensión a cargo del Ministerio de Defensa, encontrándose en la actualidad en situación de servicio activo pendiente de asignación de destino y afecto al Cuartel General del Mando Aéreo de Canarias (Folios 67 y 69 del presente Rollo de apelación).

La demandada, por su parte, aporta su declaración de la renta en la que figura, respecto a la del año 2000, que su rendimiento neto del trabajo personal ascendió a la cuantía de 1.633.920 pesetas; no obstante, señala que su retribución neta mensual asciende a la de 900 € (150.000 pesetas), lo cual no deja de sorprender por cuanto, por un lado, ingresa a su hijo en su cuenta, tal y como se ha señalado, la suma de 110.000 pesetas mensuales, así como soporta un alquiler cuya renta asciende a 90.000 pesetas mensuales, por lo que, a la vista de estos datos, y sin mayores dificultades, es claro que sus emolumentos, a pesar de no haber constancia de su importe cierto, son superiores a los que dice percibir.

Atendiendo a los datos anteriormente señalados, a los ingresos de cada uno de los esposos, a los gastos del hijo común, a que el concepto de alimentos acogido en nuestra legislación es de carácter amplio, incluyendo no sólo todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, sino también su educación e instrucción, se justifica, como ya se apuntó, el acogimiento parcial de la tesis sostenida por la demandada respecto de su pretensión de alimentos a favor de su hijo Jorge.

Se considera, por ello, procedente estimar parcialmente, en este concreto extremo, el recurso de apelación, y apreciar, como más justa y adecuada a las necesidades del hijo Jorge, la cantidad de 240,4 € mensuales en concepto de alimentos que deberá satisfacer D. Bartolomé en provecho de su hijo.

TERCERO.- Como segundo motivo de apelación sostiene la demandada que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre la fecha en la que, a su entender, deberán tenerse por producidos los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial acordado por ambos cónyuges constante el matrimonio.

Su pretensión no puede ser acogida por la Sala y ello porque, por un lado, no cabe apreciar defecto de incongruencia en la sentencia de instancia pues, acorde con una reiterada doctrina jurisprudencial relativa a la congruencia de los pronunciamientos judiciales, este defecto no concurre cuando, en su caso, el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de las pretensiones de la parte.

Con carácter general, nuestro Tribunal Supremo, en doctrina constante, ha advertido que para determinar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido “ultra petita”, o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes “extra petita” y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes “citra petita”, siempre y cuando el silencio judicial no pueda, razonablemente, interpretarse como desestimación tácita.

Se exige para lo anterior un proceso comparativo entre el petitum de la demanda y, en su caso, contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito.

También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas resoluciones que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, no amparada por el principio “iura novit curia” (STS. 5 de noviembre de 1997 y 11 de febrero de 1998, entre muchas otras).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional tiene declarado reiteradamente que la congruencia de las sentencias que, como requisito de las mismas, establece el artículo 359 de la LEC 1881 (artículo 218 LEC 1/2000), se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que los litigantes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida (Vid. Sentencia de 4 de diciembre de 1997 y STC 142/1987).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, un atento análisis de la sentencia de instancia lleva necesariamente a la desestimación del motivo de apelación que sostiene el defecto de incongruencia en la misma, pues se constata en la mentada resolución el siguiente pronunciamiento, concretamente en su fundamento jurídico quinto:

“No obstante, al día de hoy las partes no han procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta como consecuencia de la instauración de régimen económico matrimonial vigente entre ellos. Disolución que produce sus efectos a partir del momento en el que tiene lugar el cambio de régimen económico matrimonial”.

Es clara la respuesta dada por el juzgador de instancia a la concreta pretensión articulada por la apelante, pronunciamiento que, por otro lado, comparte plenamente la Sala, motivo por el que no puede acogerse la alegación de incongruencia sostenida por ella, así como tampoco su pretensión de eficacia retroactiva de los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial a fecha 4 de noviembre de 1996, pretensión que carece de todo sustrato jurídico y fáctico de clase alguna que lo pueda sustentar, pues, además de sus meras manifestaciones, significándose la irrelevancia probatoria a estos efectos de los documentos aportados con la contestación a la demanda y en la que pretende dar por probado un supuesto incumplimiento grave del actor (Folios 51 a 54), no existe en la causa prueba alguna que permita adecuar los hechos fundadores del presente procedimiento a los supuestos que se contemplan en las normas de los artículos 1393.4 y 1394 del Código civil, lo que lleva al perecimiento de esta cuestión planteada por la apelante.

CUARTO.- Procede, en este momento, analizar el recurso de apelación interpuesto por el actor. Impugna, en este sentido, el pronunciamiento de la sentencia de instancia que no apreció la concurrencia en él de la condición de interés más necesitado de protección, no atribuyendo, por ello, el uso y disfrute del domicilio familiar en exclusiva a ninguno de los cónyuges.

Sostiene que al quedar acreditado que sus ingresos son inferiores a los de su esposa, así como, según manifiesta, se encuentra asumiendo la totalidad de las cargas de la sociedad de gananciales, no cabe ninguna otra conclusión que la de atribuirle el uso y disfrute del domicilio familiar pues, atendiendo a las anteriores consideraciones, es claro que él es el interés familiar más necesitado de protección.

Para la resolución de este concreto motivo, además de no ser ciertas sus alegaciones relativas al soporte de todas las cargas de la sociedad de gananciales y, en este sentido, se le recuerda que no ha contribuido hasta ahora con los gastos de alimentos del hijo común, y con independencia de la consideración sobre de la concurrencia o no de la condición de interés más necesitado de protección, pues a la vista de los ingresos económicos de ambas partes cabría estar de acuerdo con las conclusiones alcanzadas sobre este particular por el juzgador de instancia, no puede desconocerse que en los procedimientos civiles, entre los que se insertan los de índole matrimonial, rige el principio dispositivo, en el que se integra el de rogación, de tal modo que la resolución que ponga fin a la litis ni puede dar más, ni cosa distinta de aquella pedida en la demanda, en congruencia también con las propias pretensiones del demandado (STS 2 de diciembre de 1987).

Siguiendo esta orientación, debe destacarse la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1984 (STC 120/1984) que estimó que en el proceso matrimonial conviven elementos dispositivos con otros de “ius cogens” derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, pudiendo el órgano jurisdiccional no sujetarse a lo pedido en aspectos que afecten a los descendientes menores de edad, en este sentido y en lo relativo a la pensión de alimentos, cabe afirmar que el Juez no se encuentra vinculado a lo interesado por las partes, no así, por el contrario, en lo que atañe a los efectos económicos que se refieren de forma exclusiva a los cónyuges, que están regidos por el principio dispositivo, a la vez que se establece la necesidad de concretar los pedimentos respecto a dichos efectos en los suplicios de sus escritos, pues en el supuesto de no existir petición expresa, ni tampoco desprenderse de la “causa petendi”, el órgano judicial no puede conceder aquello que no ha sido solicitado, toda vez que se trata de un derecho facultativo o dispositivo renunciabile.

Teniendo en cuenta las señaladas argumentaciones, se constata, en el caso de autos, que el esposo, que actualmente se encuentra residiendo en el que fuera domicilio conyugal, AVENIDA000, núm.003, P. núm.004 - núm.005 núm.006, ha solicitado en su demanda, pretensión que reitera en esta alzada, se le conceda el uso y disfrute de tal vivienda familiar, petición frente a la que la demandada nada manifiesta, ni solicita, ni se opone.

A este respecto, el artículo 96 del Código civil supedita prioritariamente, en cuanto al derecho de uso de la vivienda familiar, el acuerdo de los cónyuges, lo que se refuerza por lo dispuesto, en sede de medidas provisionales, en el artículo 103.2ª del mismo cuerpo legal, que, aunque establece como criterio de asignación de tal derecho el de la protección del interés preferente, ello se dispone como criterio de actuación subsidiario, es decir, de a falta de acuerdo de ambos cónyuges”, según señala, con carácter general, el primer párrafo de la norma comentada.

En este caso y siguiendo las orientaciones analizadas, la Sala considera que, habiendo solicitado el actor el uso de la mentada vivienda familiar, y en tanto que no hay controversia respecto de tal pretensión de parte, entre otros motivos, por la falta de toda postulación al respecto por la demandada, existiendo solo un hijo mayor de edad, que actualmente reside en otra Provincia por motivos de estudios, y siendo de aplicación, en este supuesto, el principio dispositivo y, en consecuencia, el de congruencia con la petición de parte, debe atribuirse, en tanto que no se ha suscitado contradicción, desacuerdo, controversia u oposición de clase alguna sobre este específico extremo, el uso y disfrute del domicilio familiar a la parte que formuló petición expresa de este concreto derecho (Vid en este sentido, SAP. Madrid de 23 de febrero de 2001; Santa Cruz de Tenerife de 13 de noviembre de 1999 y, entre otras, Madrid 24 de abril de 1998), motivo por el que habrá de acogerse el recurso interpuesto por el actor sobre esta precisa cuestión.

QUINTO.- Respecto a su solicitud de medidas provisionales de carácter patrimonial, ésta no puede ser acogida, pues la impugnación de una sentencia de separación, tratándose, el procedimiento de medidas y el de separación, de dos cauces procedimentales distintos y teniendo dichas medidas una duración temporal limitada, pues subsisten solamente hasta que se sustituyan por las definitivas acordadas en la pertinente sentencia que ponga fin al procedimiento, no es la vía procesal adecuada para resolver sobre unas medidas provisionales que, en su caso, fueron desestimadas en la instancia, no pudiendo acogerse, por lo expuesto, su pretensión de revisar la resolución recaída sobre medidas provisionales a través de la apelación de la sentencia dictada en el posterior procedimiento de separación.

SEXTO.- Finalmente, impugna el actor el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que el juzgador a quo se declaró incompetente para conocer de la liquidación del caudal ganancial.

Señala el juzgador de instancia que al no tener origen la disolución del régimen económico matrimonial pendiente de liquidar en lo acordado en un proceso de nulidad, separación o divorcio, sino en la causa cuarta del art. 1392 el C. Civil, a pesar de hallarse conociendo el procedimiento de separación matrimonial, no será competente para conocer el procedimiento liquidatorio interesado, lo que tiene su base legal en los artículos 808 y 46 de la LEC, en relación con el art. 98 de la LOPJ.

La cuestión merece un análisis detenido de los argumentos sostenidos en la resolución recurrida y de los preceptos que determinan la competencia objetiva de los Juzgados de Familia y que se contienen en los artículos 806 y 807 de la LEC 1/2000.

Con carácter general, dispone el artículo 806 de la LEC que: de La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables”.

Establece la anterior norma el ámbito general de aplicación del procedimiento para la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial, con la expresa remisión a las normas contempladas en el capítulo II, Título II, Libro IV de la LEC, artículos 806 a 811 del señalado texto legal, remitiéndose, asimismo, a las normas que al efecto se establecen en el Código civil (artículos 95; 1392 a 1410; 1411 a 1434 y 1325 a 1335).

La norma esencial que ha de ser interpretada en esta instancia es la recogida en el artículo 807 de la LEC que atribuye la competencia objetiva para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial a los Juzgados de Primera Instancia, y entre ellos a los de Familia, en los casos en que en la misma se recogen, y así, expresamente declara que: de Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil”.

Determina el precedente precepto, y como se ha señalado, la competencia objetiva de los Juzgados de Familia para resolver los procedimientos de liquidación de cualquier régimen económico matrimonial cuando esté conociendo o haya conocido del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, concreción que se complementa con la competencia de los Juzgados de Primera Instancia ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial para conocer del procedimiento de liquidación posterior.

Quizá, una de las primeras cuestiones que plantea una simple lectura de la norma que se trata de interpretar, es la relativa a la omisión de una concreta referencia a las hipótesis, como en el supuesto de autos, en las que se acuerda o estipula por ambos cónyuges la disolución del régimen económico matrimonial que hasta entonces venía rigiendo en su matrimonio y sin intervención judicial alguna; al respecto, el artículo 1392.4 del Código civil dispone que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código, asimismo, señala el artículo 1325 del mismo texto legal que en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo, pudiendo éstas otorgarse, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1326, antes o después de celebrado el matrimonio.

Podría pensarse que tal omisión es un simple olvido del legislador, y que como tal, podría ser integrado en el sentido de seguir las normas generales de competencia atribuidas en estos casos a los Juzgados de Familia, pero no parece que esta sea la solución más adecuada desde un punto de vista técnico, pues carece de sentido extender la competencia para liquidar, vis atractiva, a un juzgado que no conoció del previo procedimiento de nulidad, separación o divorcio o, en su caso, de la anterior disolución del régimen económico cuya liquidación se interesa, eventualidad que, por otro lado, hubiera requerido una expresa regla de atribución de competencia, de la que, además, en la hipótesis en discusión, se carece.

De este modo, en aquellos supuestos en los que se pretenda liquidar un régimen económico matrimonial previamente disuelto por capitulaciones matrimoniales mutuamente concertadas por los cónyuges debe entenderse, por falta de atribución expresa a los Juzgados de Familia, que la competencia para conocer del proceso liquidatorio debe corresponder al Juzgado de Primera Instancia que, territorialmente, corresponda en función de las normas de reparto al efecto establecidas, esta es la tesis que sostiene el Juzgador de Instancia y que parece es la que sigue la correcta y adecuada interpretación de la norma en cuestión.

Sin embargo, en las presentes actuaciones no nos encontramos ante una solicitud aislada de liquidación de un régimen económico matrimonial previamente disuelto por capitulaciones matrimoniales suscritas por los cónyuges constante su matrimonio, tal y como sería el supuesto anteriormente analizado, y en el que se conviene que el Juzgado de Familia no es el competente para su conocimiento, sino el de Primera Instancia que por turno de reparto corresponda, tal y como entendió el juzgador de instancia.

En las presentes actuaciones, del análisis del concreto petitum de la demanda rectora nos encontramos que junto con la liquidación del disuelto régimen económico matrimonial por capitulaciones se interesa, como pretensión principal de la misma, la separación matrimonial del matrimonio formado por el actor y la demandada, así como, entre otras cuestiones patrimoniales, se declare la inexistencia de obligación a cargo del actor de contribuir a los alimentos del hijo común, pretensión esta última que ha sido ampliamente debatida y discutida por la demandada, sustentando, por el contrario, su subsistencia, tal y como oportunamente se ha resuelto en la presente instancia.

Se constata, por tanto, que la petición de separación matrimonial y de medidas inherentes a la misma, así como la pretensión liquidatoria del régimen económico, se insiste, previamente disuelto, se imbrican, se solapan en la demanda de instancia, se conectan y se enlazan en un mismo procedimiento, de tal modo que en virtud de aquélla el juzgador de instancia entra a conocer del procedimiento de separación de ambos cónyuges, llenando, de este modo, el presupuesto contemplado en el primer inciso de la norma que se interpreta, es decir, la atribución de competencia al Juzgado de Primera Instancia, en este caso, de Familia, que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio.

Por lo que, en este caso, la Sala infiere la premisa que delimita la aplicación de la norma en el conocimiento del juzgador del procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que es la que le traslada la competencia para conocer del proceso liquidador posterior, determinando, por lo expuesto, que, en este caso, el Juzgado que ha conocido del procedimiento de separación matrimonial instado por los cónyuges sea también el competente para conocer de la liquidación del régimen económico ganancial que rigió entre las partes hasta el momento, 1 de diciembre de 2000, en que se otorgaron por ambos cónyuges las pertinentes capitulaciones matrimoniales.

Lo que determina la estimación de este concreto motivo de apelación y la revocación de la sentencia de instancia en los términos expuestos, por lo que habrá de procederse, en consecuencia con lo precisado, conforme disponen los artículo 808 y siguientes de la LEC.

SÉPTIMO.- Por todo ello, han de estimarse parcialmente los recursos de apelación interpuestos por ambas partes en los términos antedichos, lo cual supone la revocación de la sentencia de instancia, por lo que, a tenor de lo señalado en el apartado segundo del artículo 398 de la LEC., en relación con el apartado segundo del artículo 394 del mismo cuerpo legal, no se hace expresa imposición de costas en ambas instancias, abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Bartolomé, así como debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Almudena contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Familia de esta ciudad de fecha 16 de enero de 2002, la cual revocamos parcialmente en el sentido siguiente:

PRIMERO.- Se mantiene el pronunciamiento principal que decretó la separación de los esposos D. Bartolomé y D^a Almudena, así como las medidas contenidas en el fallo con los ordinales Primero y Segundo.

SEGUNDO.- Se revocan las medidas contenidas en el ordinal Tercero, que queda del siguiente tenor:

TERCERO.- Fijar en 240,4 € mensuales la cantidad a abonar por D. Bartolomé en concepto de alimentos para el hijo Jorge; dicha cantidad será entregada personalmente, mediante ingreso o transferencia bancaria, en los cinco primeros días de cada mes, actualizándose cada año conforme al aumento del Índice de Precios al Consumo que publique el INE., debiendo previamente ser solicitado por la parte, la cual podrá hacerlo al año de la firmeza de la presente resolución.

El impago de una o más mensualidades podrá dar lugar a embargo y posterior ejecución de bienes propiedad del deudor.

CUARTO.- Se añade una nueva medida al fallo de dicha resolución del siguiente tenor literal:

Cuarto: Se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en la calle AVENIDA000, núm.003, Portal núm.004 - núm.005. núm.006 al esposo D. Bartolomé

QUINTO.- Acordándose la competencia del Juzgado de instancia para conocer la liquidación de la sociedad de gananciales interesada por el actor, se añade una nueva medida al fallo de la sentencia del siguiente tenor literal:

SEXTO.- Procédase a la formación de inventario, para lo cual habrán de seguirse los trámites prevenidos en los artículos 808 y siguientes de la LEC.

No procede expresa imposición de costas.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos García Van Isschot.- Juan José Cobo Plana.- julio Manrique de Lara Morales.

Publicación.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Iltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Iltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Número CENDOJ:35016370052003100455