

Roj: **SAP A 2989/2017 - ECLI:ES:APA:2017:2989**Id Cendoj: **03065370092017100334**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Elche/Elx**Sección: **9**Fecha: **20/09/2017**Nº de Recurso: **908/2016**Nº de Resolución: **343/2017**Procedimiento: **Civil**Ponente: **EDMUNDO TOMAS GARCIA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE****SECCIÓN NOVENA CON SEDE EN ELCHE****Rollo de apelación nº 000908/2016**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE TORREVIEJA

Autos de Juicio Ordinario - 003295/2010

**SENTENCIA Nº343/2017**

Iltmos. Sres.:

**Presidente: D. José Manuel Valero Diez****Magistrado: D. Marcos de Alba y Vega****Magistrado: D. Edmundo Tomás García Ruiz** =====

En la ciudad de Elche, a veinte de Septiembre de dos mil diecisiete.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario nº 3295/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torreveija, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por D<sup>a</sup>. María Milagros , habiendo intervenido en la alzada esta parte, en su condición de recurrente, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Rosario Mateu García y defendida por el Letrado D. Francisco Manuel Arias Cuberos, y como parte apelada D. Serafin , representado por el Procurador D. Vicente Giménez Viudes y defendido por la Letrada D<sup>a</sup>. Ana Giménez Hernández.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.-** Resolución recaída en primera instancia.

Con fecha 22 de junio de 2015 el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torreveija, en el procedimiento mencionado, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*" Que debo desestimar la demanda presentada por el Procurador Dña. Carmen TOLOSA PARRA, en nombre y representación de Dña. María Milagros , contra D. Serafin y en consecuencia absuelvo a éste de las pretensiones contra él deducidas "*

**Segundo.-** Interposición del recurso de apelación .

Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la Procuradora D<sup>a</sup>. Carmen Tolosa Parra, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María Milagros , siendo admitido a trámite en ambos efectos.

**Tercero.- Oposición al recurso .**

Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a D. Serafin , emplazándole por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentó escrito de oposición.

**Cuarto.- Formación de rollo y designación de ponente .**

Elevadas las actuaciones a este tribunal, se formó el Rollo nº 908/2016, designándose ponente y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14 de septiembre de 2017.

**Quinto.- Control de la actividad procedimental .**

En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr Magistrado D. Edmundo Tomás García Ruiz, que expresa la convicción del Tribunal.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.- Objeto del recurso de apelación interpuesto .**

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia alegando error en la apreciación de la prueba, en concreto del Derecho **extranjero**, al haber quedado probada, en contra de lo declarado en dicha resolución, la existencia de un seguro de previsión profesional cuyo titular y beneficiario era el demandado, y que los haberes del mismo pertenecen a ambos litigantes en su condición de ex cónyuges, debiendo haberse repartido por partes iguales en el momento del rescate del capital acumulado por el Sr. Serafin . Y ello es así porque la regulación de este seguro en la legislación suiza está orientada a la protección de la familia, por lo que exige para dicho rescate el consentimiento por escrito del cónyuge o pareja de hecho, o en su defecto autorización judicial, lo que sería ilógico si los fondos pertenecieran en exclusiva a cada cónyuge o miembro de la pareja de hecho. En definitiva, la cantidad formada por las asignaciones que se realizan a este seguro de previsión profesional corresponde por mitad a los cónyuges, debiendo ser reintegrada a la demandante la cantidad reclamada en la demanda (71.645 francos suizos o la equivalente en euros a la fecha de la sentencia), dado que el Sr. Serafin rescató el capital acumulado y lo depositó en una cuenta de su titularidad exclusiva. La anterior conclusión se obtendría igualmente mediante la aplicación del Derecho español, al tratarse de rendimientos del trabajo durante la vigencia del matrimonio con régimen de sociedad de gananciales, sin que para ello sea necesario acudir a un procedimiento de liquidación del patrimonio ganancial pues el juicio ordinario reúne las garantías necesarias sin producir indefensión a ninguna de las partes. Por último, niega que este capital se haya destinado al sufragio de gastos del matrimonio.

La parte demandada se opone a dicho recurso argumentando que el litigio debe ser resuelto aplicando la normativa suiza, no la española, y la interpretación de la misma es perfectamente clara, como puso de manifiesto la sentencia apelada, de modo que los bienes de la previsión profesional adquiridos durante el matrimonio o duración de la pareja de hecho son compartidos por los esposos o miembros de la pareja en caso de divorcio o separación, con independencia de que el régimen sea de comunidad o separación de bienes. Pero si no hay divorcio o separación, estos haberes siguen perteneciendo al titular. Y en este caso, el rescate por el Sr. Serafin se produjo en 2005, en tanto que el divorcio tuvo lugar en virtud de sentencia de fecha 27 de abril de 2010 , por lo que la demandante no tiene derecho a percibir ninguna cantidad de dicho seguro del que era titular y beneficiario su ex cónyuge, habiendo percibido por su parte la prestación correspondiente a su propio seguro de previsión profesional por importe de 5.721 francos suizos. En todo caso, dicho capital rescatado, descontando los gastos realizados en interés de la familia, habría de computarse como activo de la sociedad de gananciales, determinándose en el procedimiento correspondiente (autos de divorcio nº 1179/10 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torreveja) y por los trámites previstos en los arts. 806 y ss. L.E.C .

**Segundo.- Normativa aplicable .**

Como ponen de relieve las alegaciones de las partes y la sentencia objeto de recurso, la cuestión controvertida versa sobre la interpretación que deba hacerse de la normativa suiza sobre el sistema de pensiones de la tercera edad, viudedad e invalidez, denominado Sistema de Previsión Profesional, y en particular sobre la titularidad de las cantidades ingresadas a través de las cotizaciones realizadas, al cincuenta por ciento entre trabajador y empresario, cuando por los motivos expresamente previstos en la ley el trabajador rescata el capital acumulado durante los años de duración de la relación laboral.

A tales efectos, se remitió por la Oficina Federal de Justicia de Suiza a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de España información sobre la previsión profesional suiza, en respuesta a la solicitud de



4 de mayo de 2012 y en aplicación del Convenio europeo de 7 de junio de 1968, relativo al derecho **extranjero**, dando cumplimiento a las previsiones del art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre prueba del derecho **extranjero**.

Por su interés para la decisión del presente procedimiento, dicha comunicación se transcribe íntegramente a continuación:

"El segundo pilar del sistema de pensiones suizo en relación a tercera edad, viudedad e invalidez lo constituye la previsión profesional, que se rige principalmente por la ley federal sobre la previsión profesional de la tercera edad, viudedad e invalidez (LPP) y por la ley federal de libre tránsito de la previsión profesional de la tercera edad, viudedad e invalidez (LFLP).

Los trabajadores que reciban de una misma empresa un salario anual superior a 20.880 francos se acogerán al seguro obligatorio en caso de riesgo de fallecimiento y de invalidez desde el primer 1 de enero tras cumplir los 17 años y, para la vejez desde el primer 1 de enero tras cumplir los 24 años.

El segundo pilar completa el primer pilar, que está constituido por el seguro de vejez, de viudedad y de invalidez (AVS/AI). El objetivo constitucional de los pilares 1 y 2 en conjunto es el de garantizar en el momento de la jubilación la conservación apropiada del nivel de vida anterior. Se considera que este es el caso cuando las rentas alcanzan el 60% del último salario.

La empresa, afiliada de forma obligatoria a la previsión profesional, debe afiliar a sus trabajadores a una institución de previsión inscrita en el registro de previsión profesional. Las instituciones de previsión deben ser jurídicamente independientes de la empresa. Aquellas relacionadas con un banco o una aseguradora deben igualmente contar con una entidad jurídica propia. Las instituciones de previsión deben adquirir la forma de una fundación o ser instituciones de derecho público.

Las cotizaciones del segundo pilar corren de la cuenta de la empresa y el trabajador. Las cotizaciones de la empresa deben ser al menos iguales a las de los trabajadores. Cuando un trabajador cambia de empresa, sus cotizaciones y las de la empresa, así como los intereses, son ingresados en la institución de previsión de la nueva empresa; esta operación es la que se conoce como libre tránsito.

El asegurado puede exigir el pago anticipado de su parte de la previsión profesional:

- Cuando abandone Suiza de forma definitiva; si el asegurado se va a un país de la UE o de la AELC, la parte de la previsión obligatoria sólo se abona en efectivo si no existe afiliación obligatoria a un seguro de pensiones en ese país.
- Cuando se realiza en su cuenta y ya no se acoge a la previsión profesional obligatoria.
- Cuando la cantidad de la prestación de salida es inferior a la cantidad anual de cotizaciones del asegurado;
- Para la adquisición de una vivienda principal que atienda sus propias necesidades.

Cuando el asegurado esté casado o vinculado a una pareja de hecho, no se autorizará el pago anticipado a no ser que el cónyuge o la pareja de hecho dé su consentimiento por escrito. Si no es posible adquirir este consentimiento o le es denegado, el asegurado puede apelar a un juez.

En caso de divorcio o de separación judicial de una pareja de hecho, los bienes de la previsión profesional adquiridos durante el matrimonio o la duración de la pareja de hecho son compartidos por los esposos y los miembros de la pareja. El régimen matrimonial -comunidad de bienes, separación de bienes, etc. - no es relevante en este caso.

Si no hay divorcio o separación de la pareja, los haberes de la previsión profesional seguirán perteneciendo al titular".

Pues bien, las discrepancias interpretativas surgen en relación con los dos últimos párrafos, considerando la ex esposa, demandante y apelante, que el capital rescatado por su ex cónyuge debe ser compartido al 50% con ella, reclamando la cantidad correspondiente; y oponiéndose a dicha petición la parte contraria al afirmar que esta pretensión sólo sería viable si se hubiera producido el divorcio o la separación del matrimonio en el momento del rescate de las cantidades cotizadas, lo que no sucede en este caso, pues el divorcio tuvo lugar varios años después, por lo que el párrafo aplicable, y que no ofrece ninguna duda interpretativa, es el último, conforme al cual "Si no hay divorcio o separación de la pareja, los haberes de la previsión profesional seguirán perteneciendo al titular", esto es, al Sr. Serafin , puesto que la titularidad ni siquiera se discute y resulta de los documentos acompañados con la demanda.

Esta interpretación es también la sostenida por el ex administrador de la mercantil en la que trabajaron los litigantes ("Vogue Haute Coiffuer, S.A."), aportándose por la parte demandada en la audiencia previa una



comunicación del mismo en la que expone, entre otras cuestiones: "En fin, el pago del haber de la LPP tiene como consecuencia para el beneficiario el deber de pagar impuestos sobre el salario obtenido en Suiza, Después de pagar los impuestos, el beneficiario dispone libremente del saldo disponible y puede utilizarlo según su buena voluntad. En consecuencia, el pago realizado al Sr. Serafin es a su entera disposición y le pertenece a él íntegramente. Su esposa no puede hacer valer ninguna pretensión sobre ese montante porque, a modo de comparación, esta prestación puede asimilarse a un salario sobre el cual la esposa no tiene ningún derecho directo".

**Tercero.- Interpretación de la normativa aplicable.**

A la vista de la traducción remitida por el Servicio de Traducciones del Decanato de Valencia, no se comparte en esta resolución la interpretación jurídica que de la norma correspondiente se lleva a cabo en la sentencia apelada, según la cual: "Por lo anterior ha de concluirse que sólo correspondía el percibo de la cantidad de 241.348 marcos suizos al Sr. Serafin , no rige la estipulación a favor de tercero (de la esposa en este caso) puesto que no se da la condición precisa de estar separados al tiempo del rescate. (...) Se cuenta por tanto con que el pretendido derecho de la actora para obtener la mitad del capital carece de sustento legal o contractual alguno y en consecuencia se desestima la demanda interpuesta".

Sin embargo, en el referido documento se expone: "En caso de *divorcio* ... los bienes de la previsión profesional *adquiridos durante el matrimonio* ... serán compartidos por los esposos ... El régimen matrimonial -comunidad de bienes, separación de bienes, etc. - no es relevante en este caso".

La traducción presentada por la parte demandada tampoco afecta a su contenido, aunque varía el tenor literal ("En caso de divorcio o de disolución judicial de una pareja de hecho, *el acumulado de la previsión profesional* realizado durante el matrimonio o la duración de la pareja de hecho se *deberá compartir entre los cónyuges* o pareja, con *independencia de su régimen matrimonial* -comunidad de bienes, separación de bienes, etc.-").

Y esta es precisamente la interpretación que se desprende de las alegaciones realizadas por la parte demandada en su contestación a la demanda, al afirmar en el hecho tercero, cuando se refiere al Pilar Segundo de la Seguridad Social en Suiza, que "Desde el 1 de enero de 2000, en el sistema de Seguro de Previsión Profesional rige una disposición en virtud de la cual los haberes de la caja de pensiones ahorrados desde la fecha del matrimonio del trabajador sometido al mismo, hasta la fecha de su divorcio, se reparten por mitad entre ambos ex cónyuges, siempre y cuando éste haya estado sujeto al régimen económico de gananciales".

En definitiva, lo que debe tenerse en cuenta son los bienes o el capital acumulado de la previsión profesional que haya sido adquirido *durante la vigencia del matrimonio* . Partiendo de este capital, si se produce el divorcio o la separación de la pareja de hecho, en ese momento (sea antes o después de la adquisición del capital por el beneficiario), se debe compartir el capital con el ex cónyuge, cualquiera que haya sido su régimen económico matrimonial. El único supuesto en el que se mantiene la titularidad exclusiva del cónyuge que lo ha generado es aquel en el que no exista ruptura matrimonial o de la pareja.

Pues bien, en el supuesto de hecho analizado en la presente resolución, el capital acumulado, equiparable a un plan de pensiones, se consolidó durante el matrimonio, y el rescate del mismo (de los bienes de la previsión profesional) se produjo antes del divorcio, constante matrimonio, por lo que cuando se produjo el divorcio (2010), ese capital acumulado, o bienes de la previsión profesional adquiridos durante el matrimonio (hasta 2005), debió ser compartido por los esposos con independencia de su régimen matrimonial.

Es más, en el presente procedimiento ambas partes están conformes en atribuir a dichos bienes naturaleza ganancial (hecho tercero de la contestación a la demanda y hecho cuarto del recurso de apelación).

Por tanto, este primer motivo del recurso de apelación debe ser parcialmente.

**Cuarto.- Inadecuación de procedimiento .**

Ahora bien, como pone de manifiesto la parte demandada, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula en los arts. 806 y ss . el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, estableciendo el art. 806 que "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", siendo competente para conocer del procedimiento de liquidación, conforme al art. 807, "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".



Y en el seno de dicho procedimiento se procederá a la formación de inventario y a la liquidación de la sociedad de gananciales, comprendiéndose en el activo de la sociedad el capital acumulado rescatado por el ex marido y en el pasivo las partidas descritas en el art. 1398 del Código Civil .

En consecuencia, procede apreciar de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento, tal y como admite el Tribunal Supremo ( STS. 22 de octubre de 2008 ).

Así, frente a flexibilidad y relativización que se viene observando en la jurisprudencia en torno a esta excepción para favorecer interpretaciones que se inclinen en pro de la economía procesal cuando el procedimiento elegido contiene las garantías procesales necesarias para el desenvolvimiento de la pretensión, sin causar indefensión a alguna de las partes ( STS. 10 de octubre de 1991 y 18 de noviembre de 2000, entre otras muchas), la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015 desestimó el recurso de casación interpuesto contra la SAP. Madrid (Sección 11ª) de 26 de junio de 2013 , en la que se apreció la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, declarando la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia en un supuesto en que se planteaba si, disuelta la sociedad de gananciales pero no liquidada aún, la liquidación del régimen económico podía decidirse por los trámites del proceso declarativo correspondiente por razón de la cuantía (el juicio ordinario) o, por el contrario, debía ventilarse necesariamente por los trámites de los arts. 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto proceso especial por razón de la materia.

Y el Alto Tribunal considera que el procedimiento adecuado para resolver las *reclamaciones entre cónyuges por razón de su régimen económico matrimonial* tras la disolución de éste es el *especial de los artículos 806 a 811 de la LEC y no el declarativo por razón de la cuantía* .

En este sentido, argumenta la prioridad de la *especialidad por la materia* sobre los declarativos comunes ( art. 248 LEC ) y la consideración del procedimiento para la liquidación como comprensivo de dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario y el de liquidación, afirmando que la sentencia recurrida se ajusta tanto al principio general incorporado al art. 254.1 LEC , que al ordenar la tramitación que corresponda a la materia *elimina la disponibilidad de las partes sobre el proceso a seguir* , como a la realización más específica de ese principio general en el art. 806 LEC , cuando dispone que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se llevará a cabo, en defecto de acuerdo, «con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables».

Por todo ello, concluye que la regulación de la LEC 1/2000 permite considerar superada la jurisprudencia anterior, que con frecuencia no consideraba quebrantamiento de forma por inadecuación del procedimiento, al no apreciar indefensión, cuando se había seguido un proceso declarativo ordinario con más posibilidades procesales de alegación y prueba.

Consecuentemente con los razonamientos anteriormente expuestos, procede desestimar la demanda interpuesta por Dª. María Milagros contra D. Serafin , confirmando la resolución recurrida aunque por fundamentos de derecho diferentes.

#### **Quinto.- Costas procesales de la alzada**

De conformidad con el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede imponer las costas procesales de esta alzada a la parte apelante al haber sido estimado parcialmente el recurso interpuesto.

Se acuerda la devolución de la totalidad del depósito efectuado para recurrir - Disposición Adicional Decimoquinta nº 8 LOPJ .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**Estimando parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por Dª. María Milagros , representada por la Procuradora Dª. Rosario Mateu García, contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2015, recaída en los autos de juicio ordinario nº 3295/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Torreveja , debemos **revocar y revocamos** dicha resolución, acordando en su lugar reconocer a la apelante el derecho a participar de los bienes o capital acumulado de la previsión profesional adquirido durante la vigencia del matrimonio y hasta la fecha del divorcio, apreciando a su vez la excepción de inadecuación de procedimiento para la determinación de la cuantía determinada, sin imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante y devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes personadas haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en



los arts. 468 y ss. y en la Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos por medio de escrito dirigido a esta Sala en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos por la Sala 1ª del Tribunal Supremo o el órgano competente, en su caso.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, caso de ser procedente, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.

2º El modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.

11

FONDO DOCUMENTAL CEJUD03