2023

5-6
OCTUBRE

XXVII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2023 AEAFA · ICAS

PROBLEMÁTICA DE LAS EJECUCIONES EN DERECHO DE FAMILIA

Las jornadas se celebrarán de forma presencial y online

LUGAR DE CELEBRACIÓN

SALÓN DE ACTOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

C/ Enramadilla, nº 18-20 (frente Edf. Viapol)
41018 SEVILLA

DIRECTORA DE LAS JORNADAS

D.ª MARÍA PÉREZ GALVÁN

Abogada de Familia y
Vicepresidenta de la AEAFA

JUEVES 5 DE OCTUBRE

16:00 h.

ACREDITACIÓN Y ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN

16:30 h.

PRESENTACIÓN Y APERTURA

D. Rafael Márquez Romero
Presidente de la Secc. 2ª de Familia de la AP de Sevilla

Representante de la Diputación
Diputación Provincial de Sevilla

D. Óscar Fernández León
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

D.ª María Dolores Lozano Ortiz
Abogada de Familia y Presidenta de la AEAFA

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Abogacía Sevilla

libertas ediciones

JUEVES 5 DE OCTUBRE

17:00 h.

INCUMPLIMIENTOS DE OTROS PACTOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR: Problemática procesal de la ejecución de los pactos no homologados judicialmente. La ejecución de las escrituras notariales. Casuística de los distintos pactos y solución jurídica para su ejecución. Posible solicitud de modificación respecto de esos otros pactos no aprobados judicialmente.

D.ª Sabina Galdeano Bonilla
Abogada de Familia

18:30 h.

PROBLEMÁTICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS BIENES MUEBLES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Incidencias en la ejecución de sentencia en relación a la atribución del uso. Destino de la vivienda cuando su uso no ha sido atribuido judicialmente a ninguno de los cónyuges o cuando finalizó el uso. Pago de los gastos de la vivienda. Problemática en relación a los bienes muebles. Uso y abono de los gastos de los vehículos propiedad de los cónyuges.

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

21:30 h.

CENA (opcional). **Hotel Alfonso XIII**

VIERNES 6 DE OCTUBRE

10:00 h.

INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: Pensiones alimenticias, pensiones compensatorias y compensación por el trabajo para la casa: Presupuestos para la ejecución y causas de oposición. Problemática de los gastos extraordinarios. Otras cuestiones de carácter económico en la ejecución de Sentencia.

Dª. Antonia Roncero García
Magistrada de la AP de Sevilla, Sección 2ª de Familia

11:30 h. PAUSA

12:00 h.

INCIDENCIAS DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Medidas a adoptar por el Juzgado ante el incumplimiento: Multas coercitivas, coordinador de parentalidad, puntos de encuentro, mediación, intervención de servicios sociales, intervención de servicios de salud mental y terapias familiares, cambio de custodia. Sentencias del TEDH sobre el incumplimiento de visitas. La suspensión y la restricción de visitas en ejecución de sentencia. El cambio de residencia de los progenitores y la incidencia en el régimen de visitas. El incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio.

Dª. Dolores Viñas Maestre
Magistrada de la AP de Barcelona, Sección 18ª de Familia

14:00 h. PAUSA

16:45 h. PRIMERA COMUNICACIÓN

PROBLEMÁTICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE ACUERDA LA EXTINCIÓN DEL PROINDIVISO.

D. Juan Manuel Ávila Encío
Letrado de la Administración de Justicia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

17:15 h. SEGUNDA COMUNICACIÓN

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ASPECTOS PERSONALES Y ECONÓMICOS.

Dª. Susana Hernando Ramos
Fiscal de Familia

17:45 h. TERCERA COMUNICACIÓN

EL MALESTAR DEL CLIENTE EN MATERIA DE FAMILIA. COMO GESTIONARLO DESDE LA PSICOLOGÍA.

D. Miguel Fernández Galán
Psicólogo general sanitario

18:15 h. FORO ABIERTO

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido
Abogada de Familia

D.ª María Pérez Galván
Abogada de Familia y Vicepresidenta de la AEAFA

20:00 h. CLAUSURA

COLABORAN

TuEquipaje.com La libertad de viajar sin equipaje · Santander Justicia · Diputación de Sevilla · LA LEY · LEFEBVRE · editorial jurídica sepin

ÍNDICE

Incumplimientos de otros pactos contenidos en el convenio regulador 5
D.ª Sabina Galdeano Bonilla

Problemática de la vivienda familiar y los bienes muebles en ejecución de sentencia 37
D. Antonio Javier Pérez Martín

Incumplimientos de las obligaciones dinerarias 53
Dª. Antonia Roncero García

Incidencias del régimen de visitas en ejecución de sentencia 85
Dª. Dolores Viñas Maestre

Problemática en la ejecución de la sentencia que acuerda la extinción del proindiviso 101
D. Juan Manuel Ávila Encío

Sustracción internacional de menores: aspectos personales y económicos 117
Dª. Susana Hernando Ramos

El malestar del cliente en materia de familia. Como gestionarlo desde la psicología 139
D. Miguel Fernández Galán

INCUMPLIMIENTO DE OTROS PACTOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR

Sabina Galdeano Bonilla
Abogada de Familia

I.- PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA EJECUCIÓN DE LOS PACTOS NO HOMOLOGADOS JUDICIALMENTE Y SU POSIBLE MODIFICACIÓN.

II.- CASUÍSTICA DE LOS DISTINTOS PACTOS Y SOLUCIÓN JURÍDICA PARA SU EJECUCIÓN

1. **Obligaciones sin plazo pactado**
2. **Cláusulas penales para el caso de incumplimiento o retraso**
3. **Aspectos de la liquidación de gananciales realizada en convenio regulador**
    a. **Liberación de la responsabilidad hipotecaria.**
    b. **Reclamación de derechos de crédito derivados de la liquidación**
4. **Abono de cuotas del préstamo hipotecario**
5. **Donaciones de bienes inmuebles, obligación de dar cosa ajena, cesión de uso de inmuebles distintos a la vivienda familiar**
6. **Negocio familiar: pago de beneficios, obligación de mantener el puesto de trabajo, rendición de cuentas**
7. **Efectos en la reconciliación y pactos posteriores no homologados como causa de oposición a la ejecución**
8. **Medidas personales: limitación a la libertad de domicilio, limitación de la comunicación.**

III.- LA EJECUCIÓN DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES

1. **Competencia para la ejecución**
2. **Pactos ejecutables**

I. PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA EJECUCIÓN DE LOS PACTOS NO HOMOLOGADOS JUDICIALMENTE Y SU POSIBLE MODIFICACIÓN

El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que puede contener pactos típicos y atípicos, al margen de los contenidos mínimos del Art. 90 CC, que se refieren a:

a). El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

b). Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c). La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d). La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e). La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f). La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

La STS de 22 de abril de 1997 (Roj: STS 2817/1997) analizó la naturaleza jurídica del convenio regulador, distinguiendo tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil.

La aprobación judicial del convenio regulador es condición para su eficacia ejecutiva, pero no de su validez y eficacia como pacto suscrito entre las partes. Así, aquellos pactos que, formando parte de un convenio regulador, hayan sido excluidos de la homologación judicial, no podrán ser exigidos mediante procedimiento de ejecución, pero no por ello son ineficaces entre las partes, sino que habremos de interponer el correspondiente procedimiento declarativo y, una vez se dicte Sentencia estimatoria, podremos, en caso de incumplimiento, interponer el procedimiento de ejecución.

Entiendo que el convenio regulador, presentado al Juzgado y ratificado por las partes, debería ser aprobado en su integridad, incluyendo los pactos atípicos que excedan del contenido del Art. 90 CC, con las limitaciones establecidas en el Art. 1255 CC, las exigencias de forma *"ad solemnitatem"* para determinados negocios jurídicos, las propias del Art. 90 CC, en caso de considerar el Juez dañosos alguno de los pactos para los hijos o gravemente perjudiciales para alguno de los cónyuges y el cumplimiento de los requisitos generales del Art. 1261 CC de consentimiento, objeto y causa.

Y debe ser aprobado en su integridad, en primer lugar, porque la propia redacción del Art. 90 CC contempla la enumeración de dicho artículo como un contenido mínimo *"el convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos.."*. Por tanto, el propio Art. 90 CC permite la inclusión en el convenio regulador de otros pactos que excedan de la enumeración mínima que contiene.

En segundo lugar, porque la evolución social demanda un derecho de familia con mayor margen a la autonomía de la voluntad (Art. 1255 CC), al respeto a la libertad de pactos que proclama el art. 1323 CC y a las facultades de autorregulación de los cónyuges. Esta demanda social viene siendo recogida por el Tribunal Supremo que, en STS de 6 Junio de 2023 (Roj: STS

2539/2023), establece: *"Esta sala ha venido desarrollando una consolidada doctrina sobre el carácter vinculante que para los cónyuges o excónyuges tienen los denominados negocios jurídicos de familia, a través de los cuales pactan, al amparo de la libre autonomía de la voluntad y sometidos al límite del orden público, constituido por el interés superior de los hijos comunes, menores de edad, las reglas por las que se han de regir sus relaciones personales o patrimoniales o extinguen definitivamente las mismas; todo ello, bajo un criterio de progresiva potenciación de sus facultades dispositivas, que hunde sus raíces en el valor constitucional de la libertad reconocido en los arts. 1 y 10 CE, hasta el punto de hablarse del fuerte contractualismo que, hoy en día, impera en la materia."*

En tercer lugar, porque el convenio regulador debe ser considerado un todo negocial, en el que ambas partes se obligan a un conjunto de prestaciones interrelacionadas entre sí, que son pactadas precisamente en base a expresión de esa autonomía de la voluntad y que van a tener plena eficacia entre las partes. La STS 18 de Julio de 2014 (Roj: STS 3175/2014) considera válidos los pactos atípicos (compromiso de donación de nuda propiedad de vivienda familiar) aprobados por sentencia de divorcio, considerando que en el convenio se engloban una serie de contraprestaciones complementarias, determinantes de un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso y no una simple donación.

En cuarto lugar, porque la aprobación parcial del convenio regulador sitúa a las partes en un status jurídico totalmente diferente en cuanto al cumplimiento y exigibilidad de los pactos, generando una posición procesal de evidente desigualdad. El cónyuge que quiera hacer cumplir los pactos que sí han sido aprobados judicialmente, tendrá la vía ejecutiva directa, mientras que el que pretenda el cumplimiento de aquellos pactos no homologados, tendrá que acudir al correspondiente procedimiento declarativo y, posteriormente, iniciar el procedimiento de ejecución, con el consiguiente sobrecoste para este cónyuge y retraso en el cumplimiento.

Por todo ello, considero contrario a la seguridad jurídica, al respeto a la voluntad de las partes y al principio de economía procesal, no aprobar determinados pactos, que sí son válidos y eficaces entre ellas, argumentando para su no homologación que exceden del contenido mínimo del Art. 90 CC. En ocasiones, esta falta de aprobación judicial, puede deberse a que los pactos adolezcan de falta de claridad o concreción en su redacción para poder ser ejecutados. En este caso, el Juez debería exponer a las partes las razones de la no aprobación y, por el trámite previsto en el Art. 777.7 LEC, que puedan ser debidamente completados o aclarados, posibilitando su homologación y su ejecución en caso de incumplimiento. Además, el Juez podrá hacer uso de las facultades que le atribuye el Art. 90.4 CC de establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Y es que, en todo caso, el proceso es instrumental del derecho y no al revés, como bien dice la SAP Barcelona, de 2 de Noviembre de 2018.

- SAP Guipúzkoa, de 26 de Julio de 2016 (Roj: SAP SS 701/2016): *"los convenios suelen ser el resultado de los acuerdos de las partes como un todo y en muchos casos unos pactos van entrelazados con otros, y su no homologación judicial en bloque puede dividir la continencia de la causa y resultar además contrario a lo realmente querido por los propios contratantes."*
- SAP Barcelona, de 2 de Noviembre de 2018 (Roj: SAP B 10864/2018): *"Se trata en todo caso de pactos dirigidos a que tenga efectividad la desvinculación económica entre cónyuges, que es una de las finalidades del proceso de divorcio, siendo que el contenido esencial del convenio es el establecido en el art. 233.2 apartados 4, 5 y 6 CCCat, pero dicho precepto ni ningún otro, limita la aprobación u homologación de todo lo convenido por las partes a lo imprescindible que señalan dichos preceptos, ni se obliga a dejar fuera una parte de lo que fue negociado y convenido como un todo, lo que obligaría a las partes a iniciar otros procesos o a soportar mayores gastos para poder obtener un título público que así los recoja, lo que les debe aportar a las partes seguridad y garantía de cumplimiento."*

Será importante, en aquellos convenios reguladores que contengan un contenido atípico, redactar los pactos de la forma más rigurosa y detallada posible, indicando de forma clara la causa familiar de esos otros pactos y su interrelación y vinculación con el resto del contenido del convenio, de forma que sea considerado un todo negocial y un negocio familiar complejo, facilitando de esta forma su aprobación judicial, la posterior inscripción registral y la ejecución en caso de incumplimiento.

La vigente doctrina del Tribunal Supremo reitera la validez del convenio no ratificado judicialmente, no como mero instrumento de negociación entre las partes, sino como verdadero acuerdo de naturaleza contractual:

- STS de 15 de febrero de 2002 (Roj: STS 1024/2002): *"[...] los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general [...] Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGR y N de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial".*
- STS de 7 de Noviembre de 2018 (Roj: STS 3739/2018): "*Por tanto, una vez aportado con tal naturaleza al proceso contencioso, la parte que lo suscribió, pero no lo ratificó en presencia judicial, tendrá que alegar y justificar, en este proceso, las causas de su proceder, bien por el incumplimiento de las exigencias del art. 1255 CC, bien por concurrir algún vicio en el consentimiento entonces prestado, en los términos del art. 1265 CC, o por haberse modificado sustancialmente las circunstancias que determinaron el inicial consenso, que nada tiene que ver con cambio de opinión injustificada, sobre todo en supuestos como el presente en los que cada cónyuge intervino asesorado de letrado en la redacción y suscripción del convenio".*

Para hacer valer los pactos contenidos en el convenio regulador no ratificado, deberemos distinguir aquellos que se encuadren dentro del contenido que prevé el Art. 91 CC y 774.4 LEC, que pueden ser objeto del procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio, de aquellos otros pactos que, por exceder de las materias indicadas en los artículos referidos, no puedan ser objeto de dichos procedimientos contenciosos.

Para los pactos que sí entren dentro de la esfera del Art. 91 CC y 774.4 LEC (en relación a los hijos, vivienda familiar, cargas matrimonio, pensión compensatoria, compensación del Art. 1438 CC y disolución del régimen económico matrimonial) podremos solicitar dentro del propio procedimiento de separación o divorcio contencioso que se esté a lo pactado en el convenio regulador no ratificado, aportándolo a dicho procedimiento como prueba documental.

- En las materias de derecho dispositivo, salvo que se pruebe la existencia de vicio del consentimiento, ser contrario a la Ley u orden público o defectos esenciales de forma, o se hayan alterado las circunstancias de forma sustancial, el pacto no ratificado tendrá plena validez.
  - SAP Madrid de 26 de Febrero de 2021 (Roj: SAP M 2651/2021): *"Por tanto, no habiendo acreditado la parte demandada apelada, que el convenio adoleciera de algún vicio de la voluntad, debe reconocérsele plena validez y eficacia respecto a aquellas materias disponibles por ellas que en nuestro caso son las que se ponen aquí en tela de juicio como es el pacto relativo a la liquidación de los bienes comunes comprados por las partes en pro-indiviso y uso de la vivienda*

familiar. (…).De ahí, que si la parte que suscribió el convenio, como negocio jurídico familiar, y que se aporta como tal por la contraparte al proceso contencioso, no alega ni justifica ninguna de las circunstancias antes mencionadas, el tribunal no ha de decidir sobre las medidas de naturaleza disponible que se le postulan, apartándose de lo libremente pactado por los cónyuges en el convenio suscrito por ambos, y haciendo su particular apreciación legal sobre tales medidas."

- Respecto a aquellas materias de orden público, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en STS de Pleno de 15 de octubre de 2018 acerca de la validez de los acuerdos privados sobre medidas relativas a hijos menores, considerando la validez de dichos acuerdos, a pesar de no haber sido ratificados, siempre que no sean contrarios al interés del menor y con la limitación del Art. 1814 CC, esto es, no transigir sobre alimentos futuros.

  - STS de Pleno de 15 de octubre de 2018 (Roj: STS 3485/2018…) "*5.- La interrogante, y núcleo del debate de este motivo del recurso, es si son válidos, por ser materia disponible para los cónyuges, los acuerdos, como es el caso de autos, en los que aquellos pactan, para regular convencionalmente sus relaciones tras la ruptura matrimonial, medidas relativas a los hijos comunes, como es la contribución de ambos cónyuges a los alimentos de los menores, sin que haya recaído aprobación judicial. El recurrente lo niega por ser de orden público y de ius cogens al afectar directamente a un menor de edad y no haber tenido acceso al órgano judicial para su aprobación u homologación. 6.- La sala, sin embargo, discrepa de tal argumentación. Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores."*

Para los pactos que excedan de las materias que pueden ser objeto de los procedimientos contenciosos de nulidad, separación o divorcio, habremos de interponer el procedimiento declarativo correspondiente para que se declare la validez de los pactos, dado que la Sentencia contenciosa de nulidad, separación o divorcio no podrá pronunciarse sobre tales materias.

En el caso de pactos no homologados por resolución judicial en los que un cónyuge se obligue a entregar al otro una cantidad líquida y determinada, podremos acudir al expediente notarial de reclamación de deudas no contradichas, contemplado en los Art. 70 y 71 de la Ley del Notariado, además de poder interponer el correspondiente procedimiento judicial de reclamación de cantidad.

Este expediente notarial nos permitirá generar un título ejecutivo extrajudicial, con el que podremos interponer directamente el procedimiento de ejecución, en caso de que el cónyuge deudor bien no pague en el plazo concedido por el notario, no comparezca o no alegue motivos de oposición, Así lo establece el Art. 71.3 Ley del Notariado: *"3. Si en el plazo establecido el deudor no compareciere o no alegare motivos de oposición, el Notario dejará constancia de dicha circunstancia. En este caso, el acta será documento que llevara aparejada ejecución a los efectos del número 9.º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha ejecución se tramitará conforme a lo establecido para los títulos ejecutivos extrajudiciales."*

Están excluidos de este expediente notarial las deudas de alimentos en las que estén interesados menores o personas con la capacidad modificada, así como las que recaigan sobre materias indisponibles u operaciones sujetas a aprobación judicial.

Si el pacto de entrega de cantidad líquida y determinada fue documentado por los cónyuges en Escritura pública, igualmente podremos acudir a la vía de la ejecución en base al Art. 517.4 LEC, en relación con el 520 del mismo texto legal, que limita la ejecución de títulos extrajudiciales a cantidad determinada que exceda de 300 euros. El resto de posibles pactos contenidos en Escritura pública (obligación de dar, de hacer o no hacer) no podrán ser objeto de ejecución,

debiendo acudir al correspondiente procedimiento declarativo, a fin de que dichas obligaciones sean reconocidas en un título judicial que nos sirva de base para poder ejecutarlas, conforme a lo previsto para las ejecuciones no dinerarias.

Más problemático resulta el convenio regulador no ratificado en el que se liquida la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo se ha pronunciado el Tribunal Supremo de forma clara en STS 464/2022, de 6 de junio, 287/2022, de 5 de abril y 136/2020, de 2 de marzo, respecto a que debe entenderse que la disolución de la sociedad de gananciales la produce la firmeza de la sentencia de divorcio como un efecto legal. Por tanto, cabe preguntarse si la liquidación realizada en el convenio no ratificado antes de que se produzca la disolución del régimen económico matrimonial puede tener validez y qué procedimiento tendremos que iniciar para hacer valer tal liquidación no homologada, si el del Art.808 y ss LEC o bien el correspondiente procedimiento declarativo.

Respecto a la validez de la liquidación de gananciales realizada en convenio regulador no ratificado, es plenamente eficaz entre las partes, salvo que se pruebe la existencia de vicio del consentimiento, ser contrario a la Ley, moral u orden público. La mayor parte de la jurisprudencia no considera el hecho de que no estuviera disuelta la sociedad de gananciales cuando se firmó el convenio no ratificado óbice para su validez. En aplicación del Art. 1393.3º CC, si ha transcurrido más de un año desde la separación de hecho, podremos solicitar dentro del procedimiento de separación o divorcio, que se declare la fecha de disolución de la sociedad de gananciales coincidente con la fecha de la firma del convenio regulador no ratificado en el que se realiza la liquidación de gananciales.

- SAP Madrid de 29 de Julio de 2022 (Roj: SAP M 12118/2022): *"En consecuencia hay que entender que cuando los litigantes suscribieron el convenio regulador de 20 de octubre de 2016, que ambos reconocieron durante la tramitación del procedimiento, aceptando la esposa que se separaron a partir de entonces porque la convivencia era insoportable, la sociedad de gananciales quedó disuelta, como solicitó la actora en su demanda y reprodujo en el recurso de apelación."*

En cuanto al procedimiento a seguir en el caso de liquidaciones de gananciales realizadas en convenio no ratificado, considero que deberá acudirse al procedimiento declarativo correspondiente para que se declare su validez y tener un título inscribible en el Registro de la Propiedad, no al procedimiento de formación de inventario y posterior liquidación previsto en los Arts. 808 y ss LEC, dado que ya existe un acuerdo entre los cónyuges para liquidar su sociedad de gananciales. De hecho, el propio Art. 806 LEC establece que la liquidación del régimen económico matrimonial se llevará a cabo por los artículos siguientes *"en defecto de acuerdo entre los cónyuges"*. Ningún sentido tiene que, existiendo un convenio regulador no ratificado en el que se liquide la sociedad de gananciales (debidamente inventariados, valorados y adjudicados los bienes), se inicie el procedimiento de los Arts. 808 y ss LEC para volver a realizar el inventario, valoración y adjudicación, dada la plena eficacia y validez del acuerdo suscrito entre las partes, pese a no haber sido homologado judicialmente.

- SAP Castellón, de 21 de marzo de 2007 (Roj: SAP CS 39/2007): *"si de lo que se trata es de hacer pasar a uno de los cónyuges por lo por él convenido en documento privado, solicitando la homologación judicial del negocio contenido en el mismo, no parece que el procedimiento adecuado sea el de los arts. 808 y ss. de la LEC, en el que, de no producirse el acuerdo en la comparecencia ante el secretario judicial, se continúa la controversia por los trámites del juicio verbal."*
- SAP Ourense, de 10 de Febrero de 2022 (Roj: SAP OU 155/2022): *"Y ello también por el carácter subsidiario del procedimiento contencioso regulado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de un acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación, en este caso, de la sociedad de gananciales, haciendo primar la ley la liquidación privada o el mutuo acuerdo sobre la liquidación contenciosa en vía judicial, sin perjuicio de que, de considerar con posterioridad al acuerdo sobre la liquidación que la misma puede no ser acorde al*

ordenamiento jurídico, pueda ser impugnada la liquidación convencional instando ya su nulidad, ya su recisión por lesión, pronunciamientos que no pueden efectuarse en este procedimiento en el que únicamente se puede fijar el inventario, pero no efectuar una declaración de validez o nulidad de un convenio, pese a solicitarse así en el escrito de demanda. El artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil únicamente exige la concurrencia de tres presupuestos para que pueda ejercitarse este procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial: 1) la existencia de un matrimonio; 2) un régimen económico que se extienda a una masa de bienes y derechos, sujeta a cargas y obligaciones; y 3) inexistencia de acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación, y la no concurrencia de este último presupuesto es obvia en el caso de autos. Lo expuesto determina la estimación del recurso de apelación interpuesto por doña Angelina, declarando la inadecuación del procedimiento a los efectos pretendidos, sin necesidad de examinar el resto de los motivos de apelación alegados."

No obstante, existen Sentencias que, dentro del procedimiento de formación de inventario de los Arts. 808 y ss LEC, declaran la validez del convenio regulador no ratificado en el que se liquida la sociedad de gananciales y dictan Sentencia de inventario coincidente con el inventario realizado por las partes en el convenio regulador.

- SAP Madrid, de 3 de Febrero de 2023 (Roj: SAP M 5557/2023): *"Dicho documento no fue ratificado como convenio regulador pues el procedimiento de divorcio se tramitó como contencioso, en cuyo caso la sentencia se limita, como no podría ser otra manera, a aprobar, conforme al art. 774 de la LEC, aquellas medidas que eran objeto del juicio. (…) SEXTO. - Por la representación del Sr. Raúl se formula recurso de apelación interesando que, con revocación de la sentencia dictada por el juzgado, estime el recurso de apelación y declare que el inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes viene integrado por las partidas de activo y pasivo determinadas en el convenio regulador de 8 de mayo de 2009, sin más inclusión que el mobiliario y ajuar doméstico, con el contenido señalado en el fallo de la sentencia de instancia, obligando a los excónyuges a estar y pasar por tal declaración. Atendidas las anteriores argumentaciones, el recurso debe ser estimado en la medida en que se han rechazado las pretensiones del recurso contrario y como ya se ha argumentado, se entiende valido y eficaz el convenio regulador citado. (…). A efectos de liquidación deberá tenerse en cuenta las adjudicaciones realizadas en el acuerdo de 8 de mayo de 2009 trascrito en esta resolución."*
- SAP A Coruña, de 23 de febrero de 2021 (Roj: SAP C 558/2021): *"La sentencia apelada, partiendo de que la controversia sometida a consideración se circunscribe a la eficacia del convenio regulador suscrito por las partes el 13 de noviembre de 2017, no ratificado por los cónyuges, convenio regulador que incluye en el inventario de la sociedad de gananciales las partidas que el actor omite en la propuesta que formula, atiende en su solución a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la eficacia de los convenios entre cónyuges y resuelve conforme a la misma en el sentido de que el convenio en cuestión es un acuerdo perfectamente estructurado y con motivación para cada una de las medidas que constituyen su objeto, que no es fruto de una irreflexiva y precipitada decisión de las partes, sin que conste ninguna circunstancia que justifique la falta de eficacia y de validez del convenio, conclusión frente a la que se alza el recurrente en los términos que quedan señalados anteriormente (errónea valoración de la prueba)."*

La LEC en su Art. 437 permite la acumulación al procedimiento de separación, nulidad o divorcio de la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Por tanto, en base a este artículo, si existe un convenio regulador no ratificado en el que los cónyuges procedieran a extinguir el condominio sobre bienes comunes, podrá hacerse valer ese convenio regulador no ratificado respecto de la división de bienes acumulando el procedimiento de división de cosa común al procedimiento de separación o divorcio, a fin de que sea declarada válida la extinción de condominio realizada. (SAP Madrid de 26 de Febrero de 2021 (Roj: SAP M 2651/2021).

En cuanto a la solicitud de modificación de los pactos no aprobados judicialmente, el Art. 775 LEC establece que *"…los cónyuges podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la*

modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo…", por lo que entiendo que no podrá acudirse al procedimiento de modificación de medidas previsto en dicho artículo, al no tratarse de medidas que hayan sido acordadas por el Tribunal, debiendo acudirse al correspondiente procedimiento declarativo.

II. CASUÍSTICA DE LOS DISTINTOS PACTOS Y SOLUCIÓN JURÍDICA PARA SU EJECUCIÓN

Respecto de los pactos contenidos en el convenio regulador que sí han sido homologados por resolución judicial, pueden plantearse diversos problemas para su ejecución, dependiendo del pacto en concreto.

1. OBLIGACIONES SIN PLAZO PACTADO

Puede darse el caso de que en convenio regulador se hayan pactado determinadas obligaciones sin establecer un plazo para su cumplimiento. En estos casos, cabe preguntarse si será nula esa cláusula, si habremos de interponer procedimiento de jurisdicción voluntaria para la determinación del plazo, procedimiento declarativo o si puede exigirse el cumplimiento de la obligación mediante procedimiento de ejecución de sentencia.

La indeterminación de plazo no tiene que dar lugar a la nulidad de la obligación, dado que el Art.1128 CC establece que *"si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor."*. STS 20 Julio de 2021 (Roj: STS 3138/2021): Si las partes no hubieren señalado plazo para la devolución o éste hubiere quedado al libre arbitrio del prestatario, habrá de ser fijado por los tribunales, conforme al art. 1128 CC.

En cuanto al procedimiento para la determinación del plazo existen diversas resoluciones con soluciones dispares.

La Ley 15/2015, de 2 de Julio de Jurisdicción Voluntaria contempla, dentro de sus expedientes, el de fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, estableciendo en su Art. 96 que *"cuando, conforme al artículo 1128 del Código Civil o cualquier otra disposición legal, proceda que se señale judicialmente el plazo para el cumplimiento de una obligación a instancia de alguno de los sujetos de la misma, se seguirán las normas comunes de la presente Ley"*, estableciendo en el Art. 97 que será competente el Juez de Primera Instancia del domicilio del deudor. Si se suscitare controversia en el expediente, se citará a las partes a una vista que ser tramitará conforme a las reglas del juicio verbal.

Sin embargo, existen resoluciones judiciales que entienden que no puede fijarse por el procedimiento de jurisdicción voluntaria el plazo para el cumplimiento, si la obligación trae causa de un procedimiento de derecho de familia, entendiendo que dicho plazo debe ser fijado en procedimiento de ejecución de sentencia y tramitado por el juzgado de familia que dictó la Sentencia.

Pacto: *"el esposo se obliga a entregar a la esposa la cantidad de 12.217,80 euros que le adeuda como consecuencia de la liquidación del patrimonio ganancial."*

Solución jurídica: La esposa presentó demanda de jurisdicción voluntaria para la fijación del plazo de cumplimiento de la obligación. Se acuerda el archivo del expediente por entender que no procede la aplicación del Art. 96 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, por existir una sentencia dictada por un Tribunal a quien le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La esposa recurre en apelación y la Audiencia confirma el archivo del expediente en AAP Madrid, 27 de Noviembre de 2020 (Roj: AAP M 6369/2020), que establece que la pretensión ejercitada al amparo del art. 96 de la Ley citada, escapa de las reglas competenciales del art. 97 de la Ley de Jurisdicción

Voluntaria, puesto que no deja de ser competencia del Juzgado de familia al ser un acto ejecutivo derivado de su procedimiento. Dice que no se trata de un supuesto de competencia territorial en un proceso de jurisdicción voluntaria, sino de la competencia funcional para ejecutar lo juzgado, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la LEC, *" Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare"*. Desestima el recurso de apelación de la esposa y mantiene que la recurrente debe interesar la ejecución en el Juzgado de familia que conoció de la misma.

Otras resoluciones entienden que no puede fijarse en fase de ejecución el plazo de cumplimiento de la obligación, sino que debe ser determinado en el correspondiente procedimiento declarativo.

Pacto: *"la madre, junto con los hijos, se trasladará a un domicilio aún por determinar, dado que no ha sido posible encontrar domicilio a día de hoy. Una vez verificado el traslado de la madre y menores a otro domicilio, y con carácter definitivo, se atribuye el uso y disfrute de la vivienda al padre."*

Solución jurídica: El esposo presentó demanda de ejecución tras haber transcurrido tres años sin que la esposa e hijos hubieran abandonado la vivienda. El AAP A Coruña de 14 de Septiembre de 2021 (Roj: AAP C 934/2021) deja sin efecto la ejecución despachada, estableciendo que no puede aceptarse en fase de ejecución que, por vía indirecta se fije un plazo, al amparo del artículo 1128 del Código Civil, cuando tenía que haberse solicitado en un procedimiento declarativo.

Por el contrario, otras resoluciones sí admiten que se determine el plazo de cumplimiento de la obligación en ejecución de sentencia, sin necesidad de acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria ni al procedimiento declarativo: AAP Cádiz de 18 de Octubre de 2021 (Roj: AAP CA 1136/2021), AAP Barcelona de 15 de Marzo de 2011, 13 de Abril de 2011 y 29 de Septiembre de 2011.

Será importante, si interponemos la correspondiente demanda de ejecución, no solamente pedir que se requiera al ejecutado para que cumpla, sino solicitar expresamente al tribunal que fije un plazo para el cumplimiento de la obligación.

2. CLAUSULAS PENALES PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO O RETRASO

Con el objetivo de incentivar el cumplimiento de los pactos acordados en el convenio regulador, se pactan en el mismo cláusulas penales para el caso de incumplimiento o retraso en el plazo pactado para el cumplimiento de la obligación. La cláusula penal es, por tanto, una obligación accesoria que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de otra obligación principal, siendo regulada por los Arts. 1152 a 1155 CC.

En estos casos, ante el incumplimiento, ¿es posible reclamar la cláusula penal en procedimiento de ejecución? ¿se puede pactar cualquier tipo de cláusula penal? ¿se puede reclamar, además de la pena, indemnización por daños y perjuicios si éstos se han producido? ¿puede el juez moderar la pena? ¿puede hacerlo en sede de ejecución?

Para dar respuesta a estas preguntas debemos partir del concepto de la autonomía de la voluntad y de libertad de pacto recogida en el Art. 1.255 CC, por el cual serán válidos los pactos a los que lleguen las partes, siempre que no sean contrarios a las leyes, moral ni al orden público. Por tanto, en aplicación de esta libertad de pactos, los cónyuges podrán pactar una penalización como consecuencia del incumplimiento de los pactos recogidos en el convenio regulador, siendo generalmente la pena la obligación de entregar una determinada cantidad de dinero, pero pudiendo consistir también en una obligación de hacer, de dar o de no hacer.

Habiendo sido homologado el pacto de cláusula penal por resolución judicial, podremos reclamar en ejecución de sentencia la pena pactada, pero analizando muy bien la redacción de la

cláusula para solicitar de forma adecuada el cumplimiento, la pena y/o la indemnización de daños y perjuicios.

Y ello porque, dependiendo de cómo se haya pactado, podrá ser efectiva la pena, además de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En efecto, el Art. 1.152 CC dispone que, en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses, en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Por tanto, si en el convenio regulador se ha pactado expresamente que la pena no sustituirá la indemnización por daños y perjuicios, podremos reclamar ambos. En caso de que no se haya pactado expresamente, el cónyuge perjudicado por el incumplimiento podrá hacer efectiva la pena pactada, pero ésta sustituirá la posible indemnización por daños y perjuicios.

También será importante a la hora de interponer la correspondiente demanda de ejecución analizar si dicha pena se ha pactado de forma cumulativa, es decir, si además de la pena puede exigirse el cumplimiento de la obligación, dado que el Art. 1153 CC establece que *el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.* El precepto exige que se haya así pactado, por lo que, del pacto del convenio regulador, debe entenderse de manera inequívoca que el cónyuge acreedor de la obligación puede exigir el cumplimiento de la obligación, además de la pena.

En relación a la moderación de la pena que contempla el Art. 1154 CC, considero importante a la hora de pactar las cláusulas penales en los convenios reguladores no pactar penas que sean extraordinariamente gravosas, dado que dichas penas podrán ser moderadas por el juez en aplicación del citado artículo o, incluso, ser declaradas nulas por considerarlas usurarias. Es importante tener en cuenta que si el incumplimiento ha sido total, no cabe la moderación de la pena, tal y como establece reiterada Jurisprudencia, entre otras, la STS de 20 de Abril de 2022 (Roj: 1552/2022) *"no cabe hacer uso de la facultad de moderación judicial del art. 1154 CC cuando las partes contemplaron expresamente el incumplimiento total o parcial como supuesto concreto de aplicación de la cláusula penal, determinando las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia de las estipulaciones contractuales o posibilitando el desistimiento unilateral. Así resulta de la interpretación del art. 1154 CC conforme al principio del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el art. 1255 CC, conforme al cual, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público."*

Cabe preguntarse si el ejecutado puede solicitar la moderación de la pena en el procedimiento de ejecución, al ser una modificación sustancial de lo pactado y no ser causa de oposición legalmente tasada o, por el contrario, debería interponer el correspondiente procedimiento declarativo solicitando dicha moderación, pudiendo solicitar como medida cautelar la suspensión del procedimiento de ejecución (si sólo se le reclama la pena, no el cumplimiento de la obligación), al igual que sucede con las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia considera la facultad de moderación de la pena de carácter imperativo y aplicable de oficio, quizá si podría ser ejercitada dicha facultad de moderación por el Juez en el procedimiento de ejecución.

Pacto: *"para el supuesto de que la esposa no abandone el uso del domicilio familiar, antes del 30 de octubre de 2005, se pacta una penalización de cien euros diarios".*

Solución jurídica: El esposo presentó demanda de ejecución dineraria solicitando la aplicación de la cláusula penal. En primera instancia se estima la oposición de la ejecutada que alegaba el cumplimiento, aún tardío para dejar sin aplicación la cláusula penal. El AAP Barcelona, de 16 de Enero de 2009 (Roj: AAP B 131/2009) estima el recurso del esposo y desestima la oposición de la esposa, ejecutando la cláusula penal al quedar acreditado el retraso en el cumplimiento, siendo este hecho mecanismo operativo de la pena.

En el mismo sentido AAP Alicante, de 1 de Diciembre de 2022 (Roj: AAP A 822/2022).

Para que la cláusula penal sea efectiva, se pueda exigir el cumplimiento de la obligación, no sea sustitutiva de indemnización de daños y perjuicios y trate de excluir la moderación del juez, habremos de hacer constar expresamente en el convenio regulador a la hora de redactarla:

- que la pena no sustituye la indemnización de daños y perjuicios
- que el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena
- que el mero retraso en el cumplimiento dará lugar a la efectividad de la pena pactada, considerándose desde ese momento incumplimiento total de la obligación.

3. ASPECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR

El Art. 90.1, apartado e) CC contempla la liquidación del régimen económico matrimonial dentro de los contenidos mínimos del convenio regulador. Realizada la liquidación en el convenio regulador y habiendo sido éste aprobado por sentencia, puede surgir la duda acerca de la competencia para ejecutar los pactos de liquidación y la exigibilidad de los mismos por la vía ejecutiva.
Se ha planteado en ocasiones la falta de competencia del juzgado de familia para conocer de los procedimientos de ejecución de aquellos pactos de liquidación que integren obligaciones complejas que excedan de la mera adjudicación de bienes. Sin embargo, teniendo en cuenta la consideración de los convenios reguladores como un todo negocial y como negocio familiar complejo, entiendo que la ejecución de todos los pactos contenidos en el convenio regulador que hayan sido aprobados por Sentencia, debe corresponder al Juzgado de familia que dictó la sentencia, en base a los Art. 61 y 545 LEC y no que, dependiendo de la tipicidad o no del pacto a ejecutar, la competencia sobre un mismo título ejecutivo, corresponda a juzgados distintos. En este sentido se han pronunciado:

- AAP Madrid, Sec. 24.ª, 698/2020, de 27 de noviembre, debe ser el Juzgado que conoció del proceso de liquidación de gananciales el que deba conocer de la demanda de ejecución en la que se solicita la fijación de plazo para el cumplimiento de un pago derivado de la liquidación de gananciales.
- AAP Granada, Sec. 5.ª, 94/2020, de 5 de junio, considera que, dado que se ejecuta una deuda reconocida en la liquidación de gananciales incluida en el convenio regulador del divorcio, es competente el mismo Juzgado que lo tramitó, *"sin que el sentido de la norma adjetiva que determina la competencia funcional, pueda venir a alterarse por la introducción en el pacto liquidatorio de acuerdo que, por su contenido sustantivo en el ámbito de materia sometida a la libre disposición de las partes, integre obligaciones de distinta naturaleza. Y más aún en el presente caso en el que, tratándose del reconocimiento de deudas entre los cónyuges, el art. 1.405 del CC prevé su integración en la liquidación de la sociedad ganancial mediante su pago o compensación. ..."*

a. Liberación de la responsabilidad hipotecaria

En los convenios reguladores en los que se realiza la liquidación de gananciales, adjudicándose a uno de los cónyuges la totalidad de un bien inmueble gravado con préstamo hipotecario, es muy frecuente que se pacte la obligación del cónyuge adjudicatario del bien de liberar al otro de la responsabilidad hipotecaria frente a la entidad bancaria.

El cumplimiento de este pacto es de vital importancia para las partes, en tanto que el cónyuge no adjudicatario del bien inmueble, si no es liberado frente a la entidad bancaria acreedora, seguirá respondiendo frente a ésta si el otro cónyuge no abona las cuotas hipotecarias y, además, va a ver limitada su capacidad de endeudamiento para la nueva concesión de préstamos al seguir apareciendo como deudor frente a la entidad bancaria.

Podría pensarse de fácil resolución la cuestión haciendo coincidir la firma del convenio regulador en el que se liquide la sociedad de gananciales o la correspondiente escritura de liquidación, con la liberación por parte de la entidad bancaria al cónyuge no adjudicatario. Sin embargo, las entidades bancarias vienen generalmente exigiendo, para aprobar la operación de subrogación o novación hipotecaria, que el bien gravado con hipoteca esté inscrito previamente en el Registro de la Propiedad a nombre del cónyuge que va a quedar como único propietario, esto es, se exige que primero se inscriba registralmente la liquidación de gananciales para proceder a la liberación hipotecaria, por lo que, en muchas ocasiones, no queda más remedio que pactar en los convenios reguladores esa obligación de liberación de responsabilidad hipotecaria, que se deberá llevarse a cabo en un plazo determinado con posterioridad a la firma del mismo.

Este pacto puede ser ejecutado mediante la correspondiente demanda de ejecución no dineraria, Arts. 705 y ss. y, concretamente, será de aplicación el Art. 709 LEC en cuanto obligación de hacer personalísima. Estas ejecuciones conllevan numerosos problemas, dado que para la liberación de un deudor en el préstamo hipotecario, resulta de aplicación el Art. 1205 CC, que establece la necesidad del consentimiento del acreedor para que se produzca, esto es, dependerá de la voluntad de la entidad bancaria la liberación hipotecaria del otro cónyuge prestatario, con independencia de lo pactado en el convenio regulador.

Así, es muy frecuente que, cuando se incumple este pacto y el cónyuge que tenía que ser liberado de la responsabilidad hipotecaria interponga la demanda de ejecución, el otro se oponga alegando que la entidad bancaria ha denegado la subrogación hipotecaria y que, por tanto, la obligación es de imposible cumplimiento.

Y es que, la mayor parte de nuestra jurisprudencia considera el pacto de subrogación hipotecaria una obligación de actividad pero no de resultado, es decir, que a lo que se compromete el cónyuge adjudicatario del bien es a realizar las gestiones oportunas ante la entidad bancaria para conseguir la liberación del otro cónyuge, pero no pudiendo garantizar en ningún caso el resultado al no depender de su voluntad, sino de la de la entidad bancaria acreedora.

Habremos de distinguir si estamos ante un pacto de subrogación hipotecaria o de cancelación del préstamo hipotecario, dado que la exigibilidad de una y otra obligación van a ser muy diferentes en el procedimiento de ejecución, al depender la subrogación de la voluntad de la entidad bancaria (Art. 1205 CC) y ser considerada una obligación de medios no de resultado, mientras que si el deudor se ha obligado a la cancelación del préstamo, ya no estamos ante una obligación que dependa de la voluntad de un tercero, sino de que el deudor pague la totalidad del capital pendiente de pago de la misma (sea con financiación propia o externa), por lo que la vía ejecutiva y la cuantificación de la sustitución por equivalente en el capital pendiente de pago, estará mucho más clara si el cónyuge obligado por tal pacto de cancelación no lo cumple.

- AAP Sevilla, de 13 de Diciembre de 2011 (Roj: AAP SE 3842/2011), el esposo se había comprometido en convenio al levantamiento de la carga hipotecaria de la vivienda adjudicada a la esposa. El Auto referido, en aplicación del Art. 699 LEC, requiere al ejecutado para que cumpla y cancele la hipoteca, bajo expreso apercibimiento de embargo de bienes, retención de sueldos y multas pecuniarias por cada mes que transcurra sin proceder al levantamiento al que se comprometió.

Igualmente, habremos de analizar si se ha pactado en el convenio regulador alguna obligación subsidiaria, para el caso de que el cónyuge que tiene que liberar al otro de la responsabilidad hipotecaria incumpla con dicha obligación. Al tratarse de obligaciones de hacer de carácter personalísimo, entra en juego el apartado 4 del Art. 709 LEC, que establece que cuando en el título ejecutivo se contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, la opción del ejecutante entre pedir el equivalente pecuniario o que se apremie con multa mensual no es aplicable, sino que ha de estarse a lo pactado en el título ejecutivo.

Las soluciones de los distintos tribunales, ante la ejecución de estos pactos de liberación de responsabilidad hipotecaria, son dispares:

- Inadmisión de la demanda de ejecución
  - AAP Barcelona, de 20 de Julio de 2020 (Roj: AAP B 5734/2020): inadmite a trámite la demanda de ejecución por *notoria deficiencia en el título ejecutivo*, al entender que el pacto del convenio regulador de subrogación hipotecaria no debió ser aprobado, sin perjuicio del derecho del ejecutante a reclamar los daños y perjuicios que le haya podido acarrear el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte ejecutada.
- Admisión de la demanda de ejecución, con diversas soluciones a su vez, dependiendo del criterio del tribunal:
  - Estimar la oposición del ejecutado si éste acredita haber realizado las gestiones oportunas para la subrogación hipotecaria, pero que no ha sido posible por negativa de la entidad bancaria.
    - ← AAP Sevilla, de 6 de Febrero de 2023 (Roj: Roj: AAP SE 195/2023): considera que la obligación de liberar del préstamo hipotecario es de hacer, no de resultado y estima la oposición a la ejecución, considerando que la ejecutada ha dado cumplimiento a la obligación de hacer, en tanto que ha hecho las gestiones para la liberación, sin que el hecho de no conseguir la liberación sea por su voluntad incumplidora, sino por precisar la voluntad de un tercero, la entidad bancaria acreedora.
    - ← AAP Valladolid, de 11 de abril de 2022 (Roj: AAP VA 348/2022): el compromiso adquirido por la ejecutada era modificar el compromiso de la ejecutada era modificar el préstamo hipotecario para que no figurase su esposo como prestatario. No cancelarlo ni extinguirlo. El Auto entiende cumplida la obligación y estima la oposición habida cuenta el ejecutante no ha tenido que asumir ningún pago del préstamo hipotecario ni existe ninguna prueba de que se haya producido el riesgo que se dice en la demanda ejecutiva de que no se le concederá un préstamo futuro con cualquier entidad financiera mientras figure como prestatario.
    - ← AAP Barcelona, 16 de Octubre de 2018 (Roj: AAP B 6334/2018): El ejecutado ha acreditado que la entidad bancaria le denegó la subrogación y afirma que ha cumplido el pacto, en tanto que la ejecutante no ha tenido que abonar cantidad alguna del préstamo e imposibilidad formal al no contar con el consentimiento de la entidad acreedora.
    - ← AAP A Coruña, 21 de Junio de 2018 (Roj: AAP C 703/2018): considera la subrogación una condición de imposible cumplimiento, al ser necesario el consentimiento de la entidad acreedora conforme al Art. 1205 CC y que la ejecutada ha dado cumplimiento, al realizar las gestiones necesarias para la subrogación, pese a no conseguir la aprobación de la entidad bancaria.
    - ← AAP Valladolid, 20 de Febrero de 2018 (Roj: AAP VA 236/2018): la obligación del ejecutado era la de hacer gestiones, es decir, una obligación de medios pero no de resultado pues la consecución de la liberación de la esposa no dependía directamente de su exclusiva voluntad. Habiendo intentado el ejecutado el cumplimiento, realizando las oportunas gestiones con las entidades bancarias, entiende cumplido el compromiso asumido por el ejecutado en el convenio regulador.

      En estos casos, el procedimiento de ejecución se agota una vez que el ejecutado acredita haber intentado el cumplimiento, a pesar de que la entidad bancaria no haya aceptado la subrogación hipotecaria.
- Acordar, conforme al Art. 712 LEC, la sustitución por el equivalente pecuniario o indemnización por daños y perjuicios.

← AAP Barcelona, de 19 de Mayo de 2023 (Roj: AAP B 2819/2023): ante el incumplimiento de la obligación de subrogación en el préstamo hipotecario del ejecutado, estima de imposible concreción la sustitución por el equivalente pecuniario, fijando la cantidad de 3.000 € a abonar a la ejecutante en concepto de daños y perjuicios.

← AAP Valencia, 8 de Mayo de 2017 (Roj: AAP V 1406/2017): El incumplimiento de la obligación asumida, contenida en la sentencia que sirve de título a la ejecución, ya haya sido dicho incumplimiento voluntario o forzoso, determina la existencia de un perjuicio que se circunscribe a que el ejecutante sigue siendo deudor de la cantidad que falta pagar del préstamo hipotecario, por lo que procederá la ejecución por el equivalente económico de la prestación personal contenida en la sentencia de divorcio, en la cantidad del capital pendiente de amortización en la fecha en la que deba hacerse efectiva.

← El AAP Salamanca, de 10 de Noviembre de 2022 (Roj: AAP SA 580/2022) establece que, ante el incumplimiento de la obligación de liberación hipotecaria por parte del esposo, con independencia de la causa (negativa de la entidad bancaria), el cumplimiento de la obligación pasa por la venta del inmueble. Al haberse comprometido en el convenio a cambiar la titularidad de la vivienda y subrogarse en el préstamo hipotecario, lo considera una obligación de hacer, que no es de imposible cumplimiento por la negativa e la entidad bancaria ni es una obligación de hacer medial.

← AAP Cantabria, 3 de Septiembre de 2013 (Roj: AAP S 97/2013): La pretensión ejercitada por la demandante de ejecución es la adjudicación al demandado de la totalidad de la hipoteca pendiente de pago que grava las fincas que le fueron adjudicadas y a tal pretensión se refiere el suplico de la demanda de ejecución si bien con la formulación de diversas alternativas; bien la cancelación de la hipoteca a nombre de la actora, bien la subrogación de la hipoteca a favor solo del demandado o bien el abono íntegro del importe del crédito hipotecario que pesaba sobre la actora. No se oculta que la realización de alguna de esas alternativas requiere la ineludible intervención del acreedor hipotecario no vinculado por la sentencia de divorcio, a quien en consecuencia no se puede ejecutar, pero tal dificultad en modo alguno elimina el derecho de ejecución pues en todo caso la falta de cumplimiento en forma específica determinaría el cumplimiento por equivalente en la forma que se precise en la propia ejecución.

- Imposición de multas coercitivas hasta el cumplimiento de la obligación.

← AAP Valencia, 11 de Julio de 2011 (Roj: AAP V 525/2011): impone al ejecutado una multa coercitiva de 150 € por cada mes que dejare transcurrir sin realizar la prestación a que venía obligado de exoneración a la esposa del préstamo hipotecario.

Hay Tribunales, como la Audiencia Provincial de Barcelona, muy reacios a la aprobación de este tipo de pactos en los convenios reguladores. De hecho, son numerosas las resoluciones de esta Audiencia que manifiestan que se han de excluir de los convenios reguladores, por ser contrarios a la legalidad al depender de la voluntad de un tercero y suponer un riesgo para la seguridad jurídica, por cuanto el cónyuge sobre el que se ha pactado la liberación, puede confiar erróneamente que con la aprobación judicial del convenio regulador queda liberado de su posición deudora cuando, en realidad, la obligación suya para con el banco se mantiene íntegramente.

Así, las SAP Barcelona de 3 de Octubre de 2013 y 11 de Junio de 2016, entre otras, confirman la no aprobación de un convenio regulador con cláusulas de este tipo, por cuanto la subrogación en las obligaciones del deudor derivadas de un crédito concertado con un tercero exige la aceptación del acreedor, tal y como establece el Art.118 de la Ley Hipotecaria.

No comparto el criterio de la AP de Barcelona, en cuanto a que este tipo de pactos deben ser excluidos de los convenios reguladores y no ser aprobados por la Sentencia que se dicte, dado

que ello en modo es solución para las partes, al contrario. Cuando se realiza la liquidación de gananciales y un cónyuge queda como único propietario de un bien, es totalmente necesario tratar de liberar al otro del préstamo hipotecario, para evitar reclamaciones si el otro incumple con la obligación de pago y para permitir que ese otro cónyuge pueda tener una adecuada capacidad de endeudamiento, dado que, en la práctica, figurar como deudor hipotecario de ese bien del que ya no es propietario, puede limitarle en una de las más básicas necesidades y derechos, como es el de poder adquirir una vivienda en propiedad.

Por ello, la solución no está en no aprobar ese pacto sino que tiene que darse una solución conjunta por todos los operadores jurídicos que intervengan. Por parte de los Letrados, antes de la firma del convenio regulador, en averiguar con las entidades bancarias si es viable la operación de liberación hipotecaria. No vamos a tener la certeza absoluta, pero sí una idea aproximada de si dicha opción es posible. Porque de no ser posible la liberación hipotecaria, habremos de exponérselo así a las partes y tratar de buscar una solución alternativa, como por ejemplo, la venta de la vivienda en lugar de la adjudicación a uno de los cónyuges o, si pactamos no obstante que se intentará esa liberación, que el cónyuge que pretenda ser liberado sepa de las dificultades extremas de que ello se lleve a efecto y que, en ningún caso, el convenio regulador ni la Sentencia que lo aprueba, le exonera de responsabilidad frente a la entidad bancaria ni obliga a ésta. Y, por parte de los tribunales, entiendo que no se puede dar la espalda a estos pactos y excluirlos de la aprobación del convenio. El propio Art. 90, apartado e) CC contempla la liquidación de gananciales como contenido mínimo del convenio regulador, resultando el pacto de liberación hipotecaria una obligación de esencial cumplimiento para las partes, para la buena consecución de esa liquidación de gananciales, pudiendo además establecerse las garantías necesarias para el cumplimiento, tanto por parte del propio Juez como por las partes, tal y como establece el Art. 90.4 CC *"el Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio."*.

Ahora bien, dado que los Letrados conocemos los indudables problemas que el incumplimiento de estos pactos conlleva, ¿qué podemos hacer para tratar de que los pactos de liberación hipotecaria tengan la mayor eficacia posible entre las partes e incentivar al cumplimiento?

1º) Pactar cláusulas penales para el caso de incumplimiento

Pacto: *"para el supuesto de que la esposa no proceda a la indicada liberación hipotecaria y/o no solicite la inscripción en el plazo fijado, se establece una cláusula penitenciaria a cumplir por la esposa, de indemnizar al esposo en la cantidad de 20 € diarios hasta que solicitara la inscripción de la finca a su nombre y/o compareciera ante Notario para la liberación de la operación crediticia, siempre que sea por una causa imputable únicamente a la misma."*

Solución jurídica: El esposo presentó demanda de ejecución dineraria solicitando la aplicación de la cláusula penal. En primera instancia se estima la oposición de la ejecutada que alegaba que el retraso de 3 años en el cumplimiento no era imputable a ella sino a la entidad bancaria y que dicha tardanza no le había ocasionado ningún perjuicio al esposo. El AAP Tarragona, de 23 de Febrero de 2023 (Roj: AAP T 298/2023) estima el recurso del esposo y declara continuar con la ejecución por el importe de la cláusula penal, más el 30% para liquidación de intereses y costas, al entender que para que actúe la cláusula penal tan sólo debe producirse el supuesto de hecho estipulado (el retraso en el cumplimiento), siendo el perjuicio indiferente.

Pacto: *"Al amparo de los artículos 1.152 y ss. del Código Civil, se establece cláusula penal para el caso de que una vez surgida la obligación de que el esposo deje de figurar como prestatario, se conviene que por cada día de retraso en el cumplimiento de dicha obligación, la esposa abonará al esposo la cantidad de treinta euros diarios"*.

Solución jurídica: El esposo presentó demanda de juicio ordinario en reclamación de cantidad a consecuencia de los incumplimientos de la esposa del convenio regulador, solicitando

la cantidad pactada como cláusula penal. La SAP Valencia, de 31 de mayo de 2018 (Roj: SAP V 2789/2018) estima íntegramente la demanda del esposo y la cantidad adeudada como cláusula penal, entendiendo que dicha cláusula tenía una finalidad liquidatoria conforma al art. 1152 CC, por lo que su exigencia sustituye a la indemnización de daños sin necesidad de probar los perjuicios derivados del incumplimiento. Además, considera que no es de aplicación una moderación de la misma, al no tratarse de una obligación recíproca ni de un incumplimiento parcial.

2º) Pactar obligaciones alternativas, subsidiarias o prestaciones sustitutorias

Un incentivo muy poderoso al cumplimiento será pactar en el convenio que, en caso de incumplimiento por el cónyuge obligado a la liberación hipotecaria (aún cuando no sea por causa imputable al mismo, sino por negativa de la entidad bancaria), éste quedará obligado a abonar al otro la cantidad pendiente de pago del préstamo hipotecario, con la obligación de éste último de aplicarlo a cancelar el préstamo.

Pacto: *"el esposo se obliga en el plazo de dos meses a liberar a la esposa de la hipoteca que grava la vivienda familiar y, en caso de no hacerlo, deberá abonarle a ésta la cantidad de 93.549,49 euros, cantidad que la esposa utilizará para amortizar parcialmente el crédito con garantía hipotecaria."*).

Solución jurídica: En este caso, el AAP Barcelona, 5 de Marzo de 2020 (Roj: AAP B 2789/2020), ante la imposibilidad alegada por el ejecutado de liberar a la ejecutante del préstamo hipotecario entra en juego la obligación subsidiaria de pago por parte del esposo, despachando ejecución en tal sentido.

Se puede incluso pactar como obligación principal del cónyuge que se va a adjudicar el bien y la hipoteca, la de abonar al otro, en un plazo determinado, la cantidad pendiente de pago del préstamo hipotecario, con obligación de éste último de aplicarlo a cancelar el préstamo, dando la facultad al cónyuge que tiene que liberar al otro de dejar sin efecto la obligación de pago mediante la liberación hipotecaria del otro cónyuge. Esta última alternativa tiene la ventaja de que estamos pactando obligaciones exclusivamente entre los cónyuges, que no dependen de la voluntad de un tercero, además de situarnos en el seno de la ejecución dineraria (si se inserta en el convenio regulador el cuadro de amortización de la hipoteca o se indican las cantidades pendientes de pago en cada mensualidad hasta el fin del plazo pactado, a fin de que la cantidad adeudada sea líquida en el momento de interponer la demanda de ejecución).

3º) Otorgar poder de venta a favor del cónyuge que tiene que ser liberado

Otra solución puede consistir en pactar un plazo determinado para la liberación hipotecaria y, a partir de la finalización de dicho plazo, si la liberación no se ha hecho efectiva (por la causa que sea, imputable o no al cónyuge obligado a ello), que entre en vigor un poder de venta del bien gravado con la carga hipotecaria, otorgado por el cónyuge obligado a la liberación hipotecaria, a favor del que tiene que ser liberado.

Para ello deberemos:

- Otorgar el poder notarial de forma simultánea a la firma del convenio regulador y que quede en poder de ambas partes.
- Que la vigencia del poder comience, de forma automática, una vez haya finalizado el plazo pactado para la liberación hipotecaria.
- **Que la única causa de revocación del poder sea haber liberado al otro cónyuge de la res**ponsabilidad hipotecaria.
- Que se trate de un poder específico para la venta de ese bien concreto y por tiempo determinado, coincidente con el plazo de finalización del préstamo hipotecario.
- Que se fijen en el poder las condiciones de la venta (precio, bajadas de precio por tiempo transcurrido, pago de impuestos, entrega de posesión, etc.).

- Que se incluya la obligación del **cónyuge apoderado de aplicar el precio obtenido por la venta, en primer lugar, a cancelar el préstamo hipotecario, entregando el sobrante al cónyuge propietario de la vivienda.**

De esta forma, si el cónyuge obligado a la liberación hipotecaria no cumple en el plazo pactado, evitaremos tener que interponer ningún procedimiento de ejecución, dado que el poder de venta entrará en vigor en esa fecha de forma automática y, mediante la venta de la vivienda, lograremos el fin último pretendido de liberación hipotecaria del cónyuge no adjudicatario del bien. Será importante en este caso, si el bien inmueble es la vivienda familiar, que en el convenio regulador no se haya atribuido el uso al cónyuge que queda en propiedad del bien, dado que podría inscribir dicho uso en el Registro de la Propiedad y frustrar la venta pactada. No conviene incluir en este poder de venta la facultad de autocontratación.

4º) Pacto de venta/subasta pública en convenio regulador

En el propio convenio regulador podemos pactar que, para el caso de que no se llevara a cabo la liberación en el plazo pactado, quedará sin efecto la adjudicación realizada en la liquidación de gananciales y se procederá a la venta en pública subasta del bien sobre el que pesa la carga.

Un caso similar es resuelto por el AAP Granada, de 5 de Julio de 2022 (Roj: AAP GR 264/2022), en el que el título ejecutivo en el que se basaba era la sentencia en la que se aprobaba la primera propuesta de adjudicación de lotes hecha en el cuaderno particional, concediendo a la demandada un plazo de cuatro meses para que realizase las gestiones necesarias, para subrogarse en el préstamo hipotecario con la CAM u otras entidades financieras. Transcurrido ese plazo, se aplicaría la segunda propuesta, esto es, la adjudicación proindiviso y por mitad de los bienes del activo a las partes, que podrían instar después la posterior venta en pública subasta, pago de deudas pendientes y reparto del remanente. No habiendo cumplido con la obligación de liberación, el esposo interpone demanda de ejecución para la venta en pública subasta, denegándose el despacho de la ejecución en primera instancia manifestando que las partes deberían acudir a la vía ordinaria para instar la división de la cosa común. La AP Granada revoca el auto de primera instancia, entendiendo que debe despacharse ejecución y proceder a la venta en pública subasta del bien, dado que el pacto fue aprobado por la sentencia de divorcio, que las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos y que el juzgado de instancia es competente funcional y objetivamente para la ejecución de lo acordado, siendo contrario a la tutela judicial efectiva la derivación a otro procedimiento declarativo ordinario que divida la cosa común.

Podríamos pensar como posibles soluciones la de establecer condiciones suspensivas de la liquidación de gananciales hasta que se produzca la liberación hipotecaria. Sin embargo, este tipo de condiciones pueden ocasionar que la entidad bancaria no conceda la subrogación (pese a cumplir el cónyuge adjudicatario las condiciones para ello), dado que las entidades bancarias vienen exigiendo que el bien adjudicado no tenga ningún tipo de carga, salvo la hipotecaria, y que esté inscrito ya a nombre del cónyuge que pretende figurar como único deudor del préstamo hipotecario.

b. Reclamación de derechos de crédito derivados de la liquidación

Si en el convenio regulador se ha pactado la obligación de pago de un cónyuge al otro derivada de dicha liquidación, bien por existir derechos de crédito o por exceso de adjudicación, dicho pacto puede hacerse valer en procedimiento de ejecución dineraria. Así lo entienden las siguientes resoluciones:

- AAP Córdoba, 15 de Junio de 2020 (Roj: AAP CO 466/2020) despacha ejecución dineraria ante un acuerdo por el que la sociedad de gananciales es titular de un crédito frente a la esposa y, estando valorado dicho crédito en la suma de 60.977,78 €, resulta procedente que el esposo pueda interesar la ejecución de dicho título frente a la esposa en la parte del crédito que le corresponde y que asciende a la mitad del mismo.

- AAP Logroño, 27 de mayo de 2022 (Roj: AAP LO 343/2022) ejecuta deuda contemplada en acuerdo de liquidación de gananciales aprobado por Decreto, consistente en deuda de la sociedad de gananciales a favor del esposo.
- AAP Salamanca, Sec. 1.ª, 25/2020, de 12 de febrero (Roj: AAP SA 5/2020): Procede el despacho de ejecución de convenio regulador que liquidaba la sociedad de gananciales, condenando al esposo al abono de la cantidad comprometida por rescate de un plan de pensiones.

4. ABONO DE CUOTAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Otro pacto que suele ser muy usual en los convenios reguladores, es aquél en el que se pacta que el préstamo hipotecario que grava un bien inmueble será abonado por mitad entre ambas partes.

En caso de que uno de los cónyuges incumpla con la obligación de abono, ¿puede reclamarse dicho pago en procedimiento de ejecución, habremos de reclamarlo en el procedimiento de liquidación de gananciales si todavía no se ha realizado o en el procedimiento declarativo correspondiente para ejercitar la acción de regreso o repetición conforme al Art. 1.145 CC?

Viene siendo criterio mayoritario de nuestras Audiencias el considerar que, si dicho pacto de abono de las cuotas hipotecarias (por mitad o en otro porcentaje) está expresamente previsto en el convenio regulador y dicho convenio ha sido homologado por Sentencia, sí cabe reclamarlo mediante procedimiento de ejecución.

Ahora bien, para interponer la correspondiente demanda de ejecución, ¿es necesario que el ejecutante pague la mitad de las cuotas hipotecarias del ejecutado, esto es, que haya pagado la totalidad de la cuota hipotecaria o, por el contrario, pese a no haber abonado la mitad del incumplidor, puede interponer la demanda de ejecución?

La mayoría de Audiencias Provinciales consideran que, si el ejecutante ha abonado la totalidad de las cuotas hipotecarias impagadas por el ejecutado, puede reclamar el pago de la mitad correspondiente al otro mediante demanda de ejecución dineraria.

- AAP Madrid, 27 de Noviembre de 2020 (Roj: AAP M 6118/2020): *"Estamos en presencia de una obligación impuesta y declarada en Sentencia, a cuyo cumplimiento viene obligado el ahora ejecutado sin necesidad ni de nuevo mandato judicial ni de una previa petición de parte. Resultando de la nueva valoración de la prueba que resulta acreditado que las partes convinieron abonar al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, recogiéndose dicho acuerdo en la Sentencia de divorcio, no se discute que la ejecutante haya satisfecho íntegramente el importe del préstamo hipotecario desde 2008, por tanto no cabe sino entender que el título judicial debe ser ejecutado en sus propios términos ya que la sentencia que se ejecuta obliga al ejecutado al pago de la mitad de la hipoteca, en consecuencia debe dejarse sin efecto el Auto apelado al entender la Sala que no existe inadecuación de procedimiento cuando, como sucede en el caso sometido a examen, la Sentencia de divorcio efectúa previsión en cuanto al pago por mitad del préstamo hipotecario. (…) En consecuencia, el deudor debe ser compelido a cumplir aquello a lo que se obligó pues la calificación de la amortización de la hipoteca como deuda de la Sociedad ganancial y no como carga familiar no imposibilita que los cónyuges puedan acordar lo que consideren procedente merced al principio de autonomía de la voluntad."*

En el mismo sentido:

- AAP Málaga, 18 de Octubre de 2022 (Roj: AAP MA 2822/2022)
- AAP A Coruña, 9 de febrero de 2022 (Roj: AAP C 93/2022)
- AAP Córdoba, 8 de Marzo de 2021 (Roj: AAP CO 71/2021)
- AAP Barcelona, 3 de Marzo de 2021 (Roj: Roj: AAP B 1008/2021)
- AAP Barcelona, 19 de Octubre de 2022 (Roj: AAP B 3194/2022)

Incluso cuando se pacta en el convenio regulador el pago de las cuotas hipotecarias en porcentaje diferente al del título constitutivo con la entidad bancaria, ese pacto es válido y eficaz entre las partes y, si ha sido aprobado por Sentencia, ejecutivo.

- AAP Barcelona, 30 de enero de 2020 (Roj: AAP B 705/2020): *"Lo que se pactó en el convenio regulador que suscribieron las partes en esta materia, que es de derecho plenamente dispositivo y por lo tanto sujeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, es la obligación de cada uno de los litigantes, de responsabilizarse del pago de la deuda en una proporción concreta (diferente a la que resulta del título financiero). Con ello se constituyó una obligación entre los litigantes que es diferente a la obligación que ambos tienen concertada con la entidad bancaria y que es plenamente válida, eficaz y exigible por cuanto se especificó con toda claridad en el convenio, y se incluyó en la parte dispositiva de la sentencia, sin que sea necesaria ninguna actividad posterior para que la deuda quede liquida y exigible. En definitiva, lo que se deriva de la sentencia que se ejecuta es el derecho de repetición del artículo 1.145 del código civil, que puede tener su vía procesal en el procedimiento de ejecución de cantidad pecuniaria líquida por cuanto no precisa de una liquidación posterior por el cauce de los artículos 712 y scs de la LEC, ni de un proceso declarativo autónomo."*

Para el caso de que el ejecutante haya abonado su mitad de las cuotas hipotecarias, pero no haya abonado la mitad del ejecutado, podrá interponer demanda de ejecución no dineraria de obligación de hacer, tramitándose dicha ejecución por los Arts. 699 y ss. LEC, a fin de que el ejecutado sea requerido para realizar a la entidad bancaria los pagos correspondientes, pero no podrá reclamar en ejecución dineraria el abono de la cantidad adeudada a la entidad bancaria, al no resultar acreedor de la misma.

- AAP Huelva, 24 de Noviembre de 2021 (Roj: Roj: AAP H 251/2021): Se pactó el abono del 100 % del préstamo hipotecario por parte del padre. La Audiencia resuelve despachando ejecución no dineraria requiriéndole para que en 10 días abone las cuotas hipotecarias debidas, apercibiéndole de traba de sus bienes en caso contrario para cubrir las cantidades adeudadas a la entidad bancaria.
- AAP Valencia, 23 de Diciembre de 2022 (Roj: AAP V 1341/2022): Lo pactado en el convenio regulador era que el ejecutado abonara directamente la mitad del préstamo hipotecario, no a la ejecutante, y si bien podría resultar procedente el despacho de la ejecución en el caso de que la documentación presentada con la demanda acreditara que la deuda había sido saldada por la ejecutante en la cuantía que reclama, incluyendo la parte de la obligación que correspondía al esposo, no habiéndolo acreditado, se inadmite la ejecución.

Sin embargo, otras Audiencias Provinciales, son reacias a ejecutar este tipo de pactos de obligación de abono de préstamo hipotecario, aún cuando dicha obligación de abono por mitad haya sido recogida en el convenio regulador aprobado por Sentencia que servirá de título ejecutivo, entendiendo que no es una materia que deba formar parte necesaria del convenio regulador, que la obligación de pago no se deriva del convenio regulador sino del título constitutivo de la hipoteca o que el pacto de abono por mitad no es un pronunciamiento de condena. Incluso algunas resoluciones hacen referencia a que, como no se considera el préstamo hipotecario carga del matrimonio, debe ser excluirlo de la ejecución, entendiendo que se debe acudir al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial o al declarativo correspondiente para su reclamación.

- AAP Tarragona, 17 de Noviembre de 2021 (Roj: AAP T 1809/2021): Entiende que la obligación de pago, no deriva de la sentencia cuya ejecución se postula sino del título constitutivo del crédito en común y que el otro cónyuge no está legitimado para interponer la ejecución. "*El pago, en este caso, debe hacerlo el prestatario a la entidad bancaria por lo que si éste incumple esta obligación será dicha entidad bancaria la legitimada para reclamar el pago, no la ejecutante, y ello sin perjuicio de las relaciones con la entidad financiera o de las acciones de reembolso o resarcimiento de daños y perjuicios que correspondan a las partes a ejercitar,*

en su caso, en el proceso declarativo ordinario. Así, ya decíamos en nuestra resolución de 27 de noviembre de 2017 que: "De este modo no se podría acudir a la vía ejecutiva en el proceso de familia ya que no existiría título judicial que ampare esa demanda ejecutiva, debiendo acudir los cónyuges al proceso de liquidación del régimen económico existente entre ellos o bien al declarativo correspondiente vía acción de regreso o repetición del art. 1145 C. civil)."

- AAP Jaén, 9 de Septiembre de 2021 (Roj: AAP J 816/2021): *"dado que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos (Art. 18.2 LOPJ) y que solo tendrán aparejada ejecución las sentencias de condena (Art. 517.2.1º LEC) y que el Fallo de la sentencia que se pretende ejecutar no contiene ningún expreso pronunciamiento de condena al demandado de ejecución a pagar a la demandante de ejecución cantidad alguna por las cuotas del préstamo hipotecario, debiera el Juzgador de instancia, analizando el título, no haber despachado ejecución por el importe del 50% por las mismas y no haciéndolo procede dejar sin efecto en esta alzada el despacho de ejecución, ello sin perjuicio de la acción que pueda tener la ejecutante para reclamarlas en el procedimiento declarativo correspondiente, o incluirlas como crédito a su favor caso de haberlo abonado."*

Otras Audiencias mantienen un criterio intermedio, despachan ejecución por impago de las cuotas hipotecarias sólo si el pacto concreto de pago de la hipoteca puede considerarse una prestación económica familiar relacionada con la obligación de dar alimentos, requiriéndose la mención expresa en el pacto al deber de pago, identificando quien se hará cargo de los pagos frente al acreedor y de qué manera pagará quien no haga frente a ese pago al otro la mitad de la cuota hipotecaria. También exigen estas resoluciones que se indique en el pacto que la pensión de alimentos se ha establecido en menor cuantía precisamente por esa obligación de pago del préstamo hipotecario. (AAP Huelva, 10 de Marzo de 2022, Roj: AAP H 602/2022).

5. DONACIONES DE BIENES INMUEBLES, OBLIGACIÓN DE DAR COSA AJENA, CESIÓN DE USO DE INMUEBLES DISTINTOS A LA VIVIENDA FAMILIAR

a. Donaciones de bienes inmuebles

Los pactos del convenio regulador en los que una de las partes dona o se obliga a donar un bien inmueble al otro cónyuge o a los hijos suelen ser muy problemáticos, tanto si existe incumplimiento por el cónyuge donante, como por los problemas de inscripción registral que pueden surgir para inscribir ese convenio regulador.

Debemos partir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la validez de las donaciones o promesas de donación realizadas en convenio regulador, para analizar la posibilidad de hacer valer estos pactos en procedimiento de ejecución.

La STS 8/2008, de 24 de enero (Roj: STS 145/2008) declara ineficaz la promesa de donación hecha a favor de un tercero en el convenio regulador, al carecer de los requisitos exigidos para su validez, entendiendo por tales la aceptación de los donatarios que no intervinieron en el convenio regulador y la falta de escritura pública.

La STS 15/2008, de 25 de enero (Roj: STS 211/2008) analiza el pacto entre los cónyuges de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran 25 años y lo considera promesa de donación, declarando su ineficacia por la falta de aceptación de los hijos que no podían intervenir en el convenio regulador, aunque considera que podría admitirse que está otorgada en forma pública.

La STS 438/2014, de 18 de Julio (Roj: STS 3175/2014) adopta una distinta postura respecto a una promesa de donación de un inmueble (vivienda familiar) contenida en convenio regulador de separación a favor del hijo del matrimonio. En este caso, el Tribunal Supremo da validez a este pacto, entendiendo que no se trató de una simple donación a favor del hijo, sino que lo califica como un negocio familiar, bilateral y oneroso, de carácter complejo, admitiendo su eficacia obligacional y la eficacia de forma del convenio regulador, sin necesidad de otorgar escritura pública.

A fin de evitar problemas de incumplimiento, interpretación judicial e inscripción registral, será conveniente realizar la donación en escritura pública pero, no obstante, si decidimos incluir el pacto de donación en el convenio regulador, será importante expresar de forma clara la causa familiar y la interrelación de este pacto con el resto del contenido del convenio regulador, a fin de que sea considerado como un todo negocial y un negocio familiar complejo, posibilitando su aprobación judicial y posterior inscripción registral.

Una vez que dicho pacto incluido en el convenio regulador ha sido aprobado por Sentencia, entiendo que es perfectamente ejecutable como obligación de hacer, concretamente, como condena a la emisión de una declaración de voluntad, en base al del Art. 708 LEC.

Este artículo 708 LEC prevé que, transcurrido el plazo de espera de los 20 días del Art. 548 LEC sin que haya sido emitida la declaración de voluntad, el Tribunal resolverá teniendo por emitida dicha declaración si están determinados los elementos esenciales del negocio, contemplando la emisión de mandamiento para que se anote en el Registro de la Propiedad si el ejecutante así lo solicita. Si en el pacto que se pretende ejecutar no estuviesen predeterminados algún elemento no esencial del negocio, el apartado 2 del Art. 708 LEC establece que el Tribunal los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración de voluntad conforme a lo usual en el tráfico jurídico. Si esa indeterminación en el pacto que se pretende ejecutar afecta a elementos esenciales del negocio jurídico, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, liquidándose por los Arts. 712 y ss. LEC.

Pacto: *"el Sr. Luís se compromete a donar la nuda propiedad de la finca sita en calle…., nº… de Ciudadela de Menorca, con exclusión del derecho de vuelo, a sus hijos, reservándose para sí el usufructo vitalicio de la misma."*

Solución jurídica: El AAP Baleares, 9 de Noviembre de 2004 (Roj: AAP IB 386/2004) confirma el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia que emite la declaración de voluntad en base al Art. 708 LEC y cuya parte dispositiva establece: "*Que debo tener y tengo por emitida la declaración de voluntad objeto de la presente ejecución, siendo elementos esenciales del negocio los siguientes: 1) Donante: D. Luis Antonio, divorciado, con DNI nº NUM002, con domicilio en Ciutadella, CALLE000 nº NUM001. 2) Donatarios: Paulino, DNI NUM003, nacido el día 2 de noviembre de 1983, con domicilio en Ciutadella de Menorca, CALLE000, nº NUM004; y Enrique, menor de edad, nacido el 8 de marzo de 1993, con domicilio en Ciutadella, CALLE001, NUM004. 3) Objeto de la donación: Urbana, edificio de planta baja, destinado a vivienda unifamiliar, sito sobre la parcela número NUM005 de la URBANIZACIÓN000, en la CALLE000, en el término municipal de Ciutadella, la cual se halla inscrita en el Registro de la Propiedad de Ciudadela, al tomo NUM006, folio NUM007, finca NUM000, con exclusión del derecho de vuelo, de acuerdo con el pacto sexto del convenio regulador contemplado en la sentencia de separación dictada en los autos 24/01. Habiéndolo solicitado la parte ejecutante, es procedente que una vez sea firme la presente resolución, se expida testimonio de la misma, librándose el correspondiente mandamiento, por duplicado y con los insertos necesarios relativos a testimonio de la sentencia dictada en los autos de separación de mutuo acuerdo, seguidos en este Juzgado con el nº 24/01, de los que dimana esta ejecución, para su anotación e inscripción en el Registro indicado por la propia ejecutante, despachos que se entregarán a la misma, para que cuide de su diligenciado".*

Pacto: *"el esposo se compromete a donar a sus hijos menores la mitad indivisa del inmueble sito en …., nº… de Rafaelcofer (Valencia)."*

Solución jurídica: El AAP Valencia, de 11 de Marzo de 2010 (Roj: AAP V 119/2010) confirma el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia que requiere al ejecutado para que proceda a otorgar la correspondiente escritura pública y, para el caso de que no la emita en el plazo concedido, se tenga por emitida dicha declaración de voluntad al estar predeterminados todos los elementos esenciales del negocio, se proceda a la aceptación formal por parte de la madre en representación de los menores y se remita el mandamiento para su inscripción al registro de la propiedad competente.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) viene acogiendo esta última doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la STS 438/2014, de 18 de Julio:

- La Resolución de 8 de junio de 2022 de la DGSJFP, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Sevilla nº 12, por la que se suspende la inscripción de la adjudicación de determinado bien inmueble mediante convenio regulador de los efectos de una separación matrimonial, publicado en BOE nº 161, de 6 de julio de 2022 (páginas 95020 a 95031), versa sobre la inscripción del reconocimiento en el convenio regulador a favor del esposo del 50% del pleno dominio de determinados bienes inmuebles que figuraban sólo a nombre de la esposa (matrimonio en régimen de separación de bienes). La registradora funda su negativa a la inscripción en que *«en dicho convenio no se hace inventario en el que se valoren las fincas incluidas en el mismo, ni se justifican las deudas entre los cónyuges que podrían motivar ese reconocimiento de dominio, que, en realidad es una transmisión inmobiliaria entre los cónyuges. Tan solo sirve de base para posteriormente obligarse a una serie de pactos que afectan incluso a la venta posterior de las fincas por parte de su titular con obligación de abonar la mitad del importe de la venta al otro cónyuge. Ello indica que no se ha producido ninguna transmisión o adjudicación del pleno dominio del cincuenta por ciento de las fincas, ni siquiera implícitamente, puesto que si fuera así, no serían necesarios pactos posteriores».* Añade que en el convenio no se expresa, con claridad, qué compensaciones se han otorgado los cónyuges a fin de proporcionar a la atribución una causa distinta de la liberalidad; y se contempla una serie de obligaciones para los cónyuges que no producen ninguna mutación jurídica real en las fincas relacionadas, por lo que no pueden acceder al Registro (artículos 1 y 2, apartados primero y segundo, de la Ley Hipotecaria, y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario). Sin embargo, la resolución citada admite la inscripción registral de la transmisión de la mitad indivisa de las fincas referidas, en tanto que entiende que "*en el caso de este expediente, la transmisión de la propiedad de la mitad indivisa de las fincas referidas al esposo se contempla como compensación por sus aportaciones dinerarias para la compraventa de aquéllas y por el hecho de que la esposa no ha aportado ingresos al sostenimiento de las cargas del matrimonio desde el año 1992, así como por el compromiso del esposo respecto del pago de los préstamos hipotecarios. Además, el carácter de vivienda familiar que tiene atribuida el piso referido tiene como consecuencia que la cesión de la propiedad de la mitad indivisa de la misma –y del garaje situado en el mismo edificio– deba considerarse en este caso que constituye también contenido propio del convenio y, por atender a los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobado judicialmente. En definitiva, se trata de un negocio de cesión de propiedad que, analizado en el marco del resto de estipulaciones del convenio (en el presente caso, afirmación del carácter de vivienda familiar, asunción de la carga hipotecaria que la grava, regulación de la obligación de satisfacer el derecho de alimentos de los hijos, etc.), no puede calificarse como donación sino como un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso."*

- La Resolución de 16 de mayo de 2019 de la DGSJFP, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Barcelona nº 1 a inscribir una sentencia aprobatoria del convenio regulador a los efectos de una separación judicial de mutuo acuerdo, publicado en BOE nº 141, de 13 de junio de 2019 (páginas 61897 a 61905), versa sobre la inscripción del siguiente pacto del convenio regulador aprobado por sentencia de separación: *"7º El padre renuncia a la mitad proindivisa del domicilio familiar, sito en la calle… a favor de las hijas."* La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la donación debe otorgarse en escritura pública. La resolución indicada establece que el rigor formalista de la exigencia de escritura pública se ha dulcificado en los casos de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores, cuya debida autorización en el convenio regulador obedece a una causa matrimonial concreta. Y dice que para que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad debe tratarse de un negocio

diferente a una donación pura y simple, acercándose más a un acto de naturaleza familiar y matrimonial, de carácter complejo, y cuya finalidad se entronca con el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 90 del Código Civil, entendiendo que dichas circunstancias concurrían en el caso expuesto, en tanto la renuncia realizada por el padre era a favor de ambas hijas, entonces menores de edad, y se refería al inmueble hasta entonces constitutivo de la vivienda familiar. Y respecto a la necesidad de aceptación de las donatarias dice: *"Por otro lado, y respecto de la aceptación por parte de las donatarias, han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, a propósito de la forma de aceptación, es criterio de este Centro Directivo que aquella no requiere términos sacramentales y su existencia puede extrapolarse si de la redacción del documento resulta la presencia de la voluntad de aceptarla (cfr. Resoluciones de 3 de noviembre de 2001 y 22 de abril de 2002). En segundo lugar, según consta en el pacto primero del convenio regulador, al tiempo de la redacción y aprobación judicial del mismo las hijas cesionarias eran menores de edad, correspondiendo la patria potestad a ambos progenitores, debiendo en consecuencia entenderse plenamente representadas por ellos en el convenio regulador a los efectos de considerar aceptada la cesión que en éste se realiza en su favor. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Dirección General en las Resoluciones de 8 de mayo de 2012 o 18 de mayo de 2017."*

- La Resolución de 2 de septiembre de 2020 de la DGSJFP, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Avilés nº 2, por la que se suspende la inscripción de determinado pacto en un convenio regulador de los efectos de un divorcio, publicado en BOE nº 261, de 2 de octubre (páginas 83569 a 83575), versa sobre la inscripción del siguiente pacto del convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio: *"Es voluntad del esposo padre donar a su hija D. C. S. el bien inventariado con el número 2* (se trataba de una plaza de garaje). *A tales efectos y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 630 del Código Civil, la hija acepta, en este documento, la indicada donación, por medio de sus padres. Y, si fuera preciso otorgar escritura pública, correrán de cuenta del padre cualquier gasto, tributo, honorario o similares que se devengaren como consecuencia de la donación."*. El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el pacto refleja una intención de donar, no una donación con transmisión en ese momento y, además, dice que, para su validez, la donación de inmueble ha de hacerse en escritura pública según el Art. 633 CC. La resolución citada entiende que no se trata de una promesa de donación sino de una verdadera donación al aceptar la hija en el convenio representada por sus padres. Sin embargo, considera que no es válida la donación por no constar en escritura pública, por no tratarse de la vivienda familiar, sino de una plaza de garaje, no considerando que dicha donación se enmarque dentro de un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso, sino de una simple donación a favor de la hija.

b. Obligación de dar cosa ajena

Existen determinados pactos de convenios reguladores en los que uno de los cónyuges puede obligarse a entregar cosa ajena, pensemos en un bien inmueble propiedad de sus padres o de una sociedad mercantil. ¿Es válido este pacto? ¿Es ejecutable?

Debemos partir de que el Tribunal Supremo ha dado validez a la disposición de cosa ajena, entre otras, en la STS 5 de Mayo de 2008 (Roj: STS 2563/2008) y STS de 25 de junio de 1993, por lo que, si dicho pacto ha sido homologado por sentencia, nada impide que se pueda interponer el correspondiente procedimiento de ejecución.

Ahora bien, entiendo que si el ejecutado se ha obligado a dar un bien inmueble que no sea de su propiedad, no será aplicable el Art. 703 LEC de entrega de bienes inmuebles, sino que tendremos que ejecutar como obligación de hacer, solicitando, en caso el ejecutado no cumpla, la sustitución por el equivalente pecuniario, que se concretará en el valor del bien que el ejecutado se obligó a dar.

Pacto: *"en concepto de mejora de la pensión de alimentos el padre se obliga a poner el 50% de la nuda propiedad de la finca urbana sita en.., inscrita en el Registro…y a nombre de la esposa el 50% de la finca descrita, así como a constituir un derecho de usufructo vitalicio del restante 50% a favor de la misma."*

Solución jurídica: El esposo incumple tal obligación y se interpone demanda de ejecución por la esposa. El esposo se opone a la ejecución alegando que el inmueble no le pertenece sino que es una sociedad mercantil. El AAP Córdoba, de 30 de septiembre de 2019 (Roj: AAP CO 265/2019), entiende que el ejecutado se comprometió a una obligación de hacer y al no ser posible la adquisición y posterior entrega del inmueble a la esposa e hijos (por ser cosa ajena), puede ser objeto de un cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, es decir, condena al ejecutado a restituir a la ejecutante y a los hijos el equivalente económico de lo pactado en convenio regulador, que cifra en 574.590 euros.

c. Cesión de uso de inmuebles distintos a la vivienda familiar

Puede pactarse en el convenio regulador la cesión del uso de un inmuebles distinto de la vivienda familiar. Si dicho pacto es aprobado por sentencia, podremos instar la ejecución por la vía del Art. 708 LEC, solicitando, en caso el ejecutado no cumpla, la sustitución por el equivalente pecuniario, que se concretará en el valor de la cesión de uso.

Pacto: *"el esposo se obliga a la cesión temporal de un piso en Conil durante un mes de verano a favor de la esposa e hijos."*

Solución jurídica: El esposo vende la vivienda sobre la que recaía el pacto de cesión de uso, estableciendo la SAP Sevilla, de 22 de Noviembre de 2012 (Roj: SAP SE 4200/2012), que ello supone la supresión de dicho pacto del convenio regulador pero que lleva aparejada una compensación económica que cifra en 1.800 euros anuales hasta que los hijos cumplan la mayoría de edad, incluyéndolo en el concepto de pensión de alimentos de los hijos.

6. NEGOCIO FAMILIAR: PAGO DE BENEFICIOS, OBLIGACIÓN DE MANTENER EL PUESTO DE TRABAJO, RENDICIÓN DE CUENTAS

Partiendo de que las sentencias y demás resoluciones judiciales se han de ejecutar en sus propios términos, dado que en caso contrario se vulneraría el Art.18 LOPJ, y habiendo sido reconocido ese derecho como parte del contenido del art. 24.1 CE por el Tribunal Constitucional (STC 92/88 de 23 de mayo, 86/2006, de 27 de marzo, 10/2013 de 28 enero) y a la luz de los ejemplos expuestos, resulta de gran importancia concretar al máximo este tipo de cláusulas en los convenios reguladores.

Así, si se pacta la obligación de abono de beneficios de un determinado negocio o empresa, deberá concretarse en un porcentaje de beneficios o, en caso de que dicho porcentaje sea difícil de concretar al quedar la explotación en manos de uno sólo de los cónyuges, si se pacta una cantidad fija determinada, deberemos pactar las cláusulas de revisión de dicha cantidad, el plazo de la obligación, si depende de que la empresa obtenga un determinado porcentaje de beneficios, si depende de que la empresa siga en funcionamiento, con la misma actividad, etc.

Al igual que cuando pactemos la entrega de rentas por alquiler de inmuebles, es conveniente fijar la obligación del cónyuge obligado al abono de comunicar cualquier cambio en dicha renta, esto es, si se percibe menos o más alquiler, si se queda sin alquilar, por los problemas de prueba que ello puede suponer en un posterior procedimiento de ejecución.

Pensemos que, en muchos casos, esta entrega de beneficios o rentas puede estar sustituyendo una posible pensión compensatoria a la que podría tener derecho uno de los cónyuges, por lo que si se sustituye por este tipo de abonos, deberá concretarse adecuadamente en el convenio, para que el cónyuge posible beneficiario de esa pensión compensatoria no vea vacío de contenido su derecho por el posterior actuar fraudulento del otro cónyuge mediante el cierre o cambio de denominación de la empresa, aparentes pérdidas o aparente no obtención de rentas.

Pacto: *"el esposo abonará a partir de febrero de 2018 a la esposa mensualmente la cantidad de 200 euros en concepto de beneficio de la empresa"*

Solución jurídica: En este caso, el esposo cerró la empresa poco tiempo después de la firma del convenio y dejó de abonar la cantidad pactada a la esposa, al entender que, al no existir beneficios, cesa la obligación de abono. La esposa interpone la correspondiente demanda de ejecución dineraria, el esposo se opone alegando la inexistencia de beneficios al estar cerrado el negocio. La oposición es desestimada tanto en primera como en segunda instancia. AAP Valencia 17 de enero de 2020 (Roj: AAP V 249/2020), entendiendo que la mencionada cláusula no debe interpretarse en el sentido de condicionar el cumplimiento de la obligación a la existencia o no de beneficios o si la empresa está o no cerrada.

Pacto: *"de los beneficios que obtuviere el esposo de la llevanza del negocio, mensualmente entregará a la esposa la cantidad de 900 euros, que se efectuará mediante trasferencia bancaria a la cuenta que señale la esposa dentro de los cinco primeros días de cada mes."*

Solución jurídica: Ante el incumplimiento del esposo, la esposa interpone la correspondiente demanda de ejecución dineraria, el esposo se opone alegando que se repartieron las existencias del negocio y, en consecuencia, quedó sin efecto la obligación de pago. La oposición es desestimada, tanto en primera como en segunda instancia, estableciéndose que al pactar la obligación de pago no se condicionó ni vinculó el abono a la obtención de beneficios.

Pacto: *"la esposa reconoce la participación del esposo por partes iguales en el negocio farmacéutico, pasando la esposa a explotar en exclusiva el negocio y abonando al esposo, como contraprestación en exclusiva de la farmacia, la cantidad de 2.400 euros mensuales."*

Solución jurídica: La esposa, con posterioridad a la firma del convenio, se asocia con otra persona para la gestión en conjunto de la farmacia e interpone procedimiento de modificación de medidas para extinguir la obligación de pago al esposo. La demanda es desestimada, tanto en primera como en segunda instancia, estableciendo la SAP Barcelona de 30 de junio de 2016 (Roj: SAP B 6217/2016) que se trata de un pacto al que afecta el principio de cosa juzgada formal y material, similar al establecimiento de una renta vitalicia, así como que se trata de un pacto liquidatorio sobre un negocio común.

Pacto: *"el esposo se obliga a entregar a la esposa los importes del alquiler de un garaje, que ascienden a la suma de …, aunque ambos cónyuges son conscientes de que dicho importe es variable, pudiendo llegar a ser menor o mayor según las circunstancias del mercado inmobiliario."*

Solución jurídica: Ante el incumplimiento del esposo, la esposa interpone la correspondiente demanda de ejecución dineraria, el esposo se opone alegando que la plaza de garaje no se encontraba alquilada. En primera instancia se despacha ejecución, recurriendo el esposo y dictándose AAP Cádiz de 26 de Diciembre de 2011 por el que se deja sin efecto la ejecución al interpretar el pacto en el sentido de que existiendo rentas, éstas se entregan, no existiendo no hay posibilidad de exigir renta inexistente.

Cuando uno de los cónyuges trabaja para en una empresa del otro cónyuge, puede pactarse la obligación de mantener el puesto de trabajo durante un tiempo determinado. ¿Qué ocurre si se incumple el pacto y ese cónyuge es despedido antes del tiempo pactado?

Pacto: *"La esposa renuncia a la pensión compensatoria que pudiera corresponderle por el divorcio, comprometiéndose el esposo a mantenerla en su puesto de trabajo durante tres años, con previsión de que, si no se da esa condición, el esposo abonará a la esposa el resto del tiempo que quedara hasta esos tres años la pérdida económica sufrida por ésta."*

Solución jurídica: Ante el incumplimiento del esposo, que despide a la esposa antes del tiempo pactado, ésta interpone demanda de ejecución dineraria, oponiéndose el ejecutado, entre otras, causas por nulidad del despacho de la ejecución por no ser una deuda líquida y exigible, pues

se tendría que tener en cuenta tanto la prestación por baja laboral y desempleo, junto con la indemnización reconocida por la jurisdicción El AAP Córdoba, de 19 de junio de 2019 (Roj: AAP CO 112/2019) desestima la oposición, al entender que se trata de una mera multiplicación del salario neto que se recogía en la estipulación del convenio (en el que se especificaba la cantidad que cobraba la esposa), por los meses que quedaban hasta el fin del plazo, no precisándose ninguna actividad procesal de liquidación del importe líquido por el que procedería el despacho de la ejecución y no descontando cantidad alguna por el desempleo ni la indemnización laboral percibida por la esposa, al obedecer a conceptos diferentes.

Respecto a la rendición de cuentas, habremos de tener en cuenta lo pactado en el convenio regulador, dado que si sólo se ha pactado dicha rendición, no podremos en el procedimiento de ejecución pretender la devolución de lo indebidamente dispuesto, debiendo acudir para ello al declarativo correspondiente. Así lo entiende el AAP Baleares, de 27 de febrero de 2019 despacha ejecución para requerir la rendición de cuentas pero no sobre la restitución de las cantidades que puedan considerarse indebidamente dispuestas, al no estar expresamente previsto en el título ejecutivo.

7. EFECTOS EN LA RECONCILIACIÓN Y PACTOS POSTERIORES NO HOMOLOGADOS COMO CAUSA DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

Si existe convenio regulador de separación homologado judicialmente, la reconciliación posterior de los cónyuges, deberá ser comunicada debidamente (comunicación al Juzgado de familia o escritura notarial o acta si ha existido separación notarial), dado que de no realizarse en forma, podrá no ser tenida en cuenta como causa de oposición en la posible ejecución del convenio regulador de separación.

Pacto: *"el marido satisfará a la esposa para el sostenimiento, las cantidades necesarias para los gastos de la vivienda y los servicios hasta la venta del piso adjudicado a la esposa, que tendrá un plazo máximo de un año para su venta a partir del momento que se realice la obra de división de la vivienda,"*

Solución jurídica: La esposa presenta demanda de ejecución dineraria en reclamación de los gastos de IBI y comunidad de propietarios de la vivienda. El esposo se opone alegando que ha existido reconciliación con reanudación de la convivencia marital no comunicada al Juzgado. El AAP Valencia, de 2 de Marzo de 2012 (Roj: AAP V 197/2012) desestima la oposición del esposo, considerando que se mantenía en vigor el convenio de separación aprobado judicialmente, dado que siguieron viviendo en la misma casa por razones económicas, pero haciendo vidas separadas y sin comunicar la reconciliación al Juzgado.

En el mismo sentido AAP, Toledo, de 27 de Noviembre de 2019 (Roj: AAP TO 296/2019).

El Tribunal Supremo ha dado plena validez a los pactos posteriores que los cónyuges pueden llevar a cabo, aún cuando no haya sido homologado judicialmente. Ahora bien, para que dichos pactos puedan ser alegados como causa de oposición, al amparo del Art. 556.1 LEC, deberán haberse hecho constar en documento público. No obstante la literalidad del precepto, existen resoluciones que sí estiman que los pactos alcanzados por los cónyuges en fechas posteriores al convenio regulador que se ejecuta, pueden dar lugar a la estimación como causa de oposición a la ejecución, pese a que dichos pactos posteriores no hayan sido homologados judicialmente ni consten en documento público.

Así lo consideran las siguientes resoluciones:

- AAP Barcelona, de 4 de Noviembre de 2022 (Roj: AAP B 3947/2022): las partes llegaron a un acuerdo privado de rebajar la pensión de alimentos fijada en resolución judicial. Dicho acuerdo se plasmó en un documento privado. La progenitora reclama las pensiones de alimentos en base a la cantidad inicial fijada en resolución judicial, no la pactadas posteriormente en acuerdo privado. La AP Barcelona estima la causa de oposición y da

validez al convenio privado como causa de oposición, en base al principio de la buena fe y los actos propios. Sin embargo, los meses en los que el progenitor incumplió el acuerdo privado y no abonó nada de pensión, estima procedente la reclamación de la cantidad mayor fijada en sentencia.

- AAP Baleares, de 12 de Abril de 2019 (Roj: AAP IB 103/2019) que establece que, pese a hallarse en sede de procedimiento de ejecución de un título judicial, cuyas causas de oposición se encuentran rigurosamente tasadas, lo cierto es que las partes llegaron a un pacto posterior que modificó el convenio regulador, no apareciendo documentado dicho pacto en documento público. Pese a ello, dado que la causa de oposición es la de no incumplimiento del convenio por ceñirse al pacto posterior, este Auto entiende que tal causa de oposición puede sustentarse en documento privado, sin necesidad de de que haya elevado a público, pues tal forma instrumental sólo es exigible, de acuerdo al párrafo segundo del art. 556.1 LEC, cuando se trate de pactos o transacciones a que se hubiese llegado para evitar la ejecución de la sentencia.

Otras resoluciones, sin embargo, en materia de alimentos de hijos menores, no consideran válido el acuerdo privado no homologado judicialmente y lo desestiman como causa de oposición a la ejecución:

- AAP Madrid, de 9 de Julio de 2021 (Roj: AAP M 5092/2021): *"Lo primero que debe destacarse es que no puede identificarse un acuerdo temporal sobre inexigibilidad de las sumas recogidas en la sentencia con una modificación definitiva del importe. La jurisprudencia invocada por ambas partes en sentido opuesto es clara en el sentido de otorgar la eficacia y validez de un contrato vinculante entre las partes al acuerdo no aprobado judicialmente, pero ineficaz en aquellos aspectos relativos a las pensiones alimenticias de los menores al precisar de la intervención del Ministerio Fiscal y la pertinente resolución judicial."*

8. MEDIDAS PERSONALES: LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE DOMICILIO, LIMITACIÓN DE LA COMUNICACIÓN.

a. Limitación a la libertad de domicilio

Pacto: *"el padre obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de esta ciudad o no pueda pernoctar con las hijas en esta ciudad."*

Solución jurídica: Este pacto fue declarado nulo por la SAP A Coruña de 7 de mayo de 2002 (Roj: SAP C 1141/2002) entendiendo que vulnera el derecho de libertad de domicilio, pudiendo someterse a decisión judicial un cambio en la guarda y custodia, para el caso de un eventual traslado de residencia de la madre, sin que pueda condicionarse de antemano la atribución de la guarda y custodia a la permanencia en una ciudad, sin merma del derecho a la libertad de residencia. Así, en el momento que el progenitor custodio cambiara su residencia, habrá de valorarse el interés de los menores y decidir si, en base al mismo, es más beneficioso para ellos cambiar de residencia junto al progenitor custodio o, por el contrario, establecer un cambio de custodia a favor del otro progenitor.

b. Limitación de comunicación

Pacto: *"el esposo se compromete a no comunicarse personal ni telefónicamente con las esposa al menos durante los siguientes cinco años así como a mantenerse alejado de su esposa el menos a una distancia de 150 metros."*

Solución jurídica: Este pacto no fue aprobado por la Sentencia de divorcio en primera instancia por considerarlo gravemente perjudicial para el esposo. La esposa recurre en apelación reclamando que se apruebe el convenio en su totalidad. La SAP de Huesca de 12 de Diciembre de 2001 (Roj: SAP HU 561/2001) revoca la Sentencia de primera instancia y aprueba este pacto, dado que no considera que sea gravemente perjudicial para el esposo que libremente lo convino y además no se opuso al recurso.

Aprobado el pacto, en caso de incumplimiento, la esposa podrá instar su cumplimiento interponiendo la correspondiente demanda de ejecución al amparo del Art. 699 LEC, al contener la Sentencia una obligación de no hacer. El despacho de la ejecución deberá requerir al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo, esto es, se abstenga de comunicarse ni acercarse a la exesposa. Además, el Art. 710 LEC establece la posibilidad para el incumplimiento de obligaciones de no hacer la indemnización por los posibles daños y perjuicios causados y el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso de reiterar el incumplimiento.

III. LA EJECUCIÓN DE LAS ESCRITURAS NOTARIALES

Tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria que reformó los Arts. 82, 87 y 90 del Código Civil, se permite a los cónyuges acordar su separación o divorcio en escritura pública ante Notario, acompañado del correspondiente convenio regulador.

Para ello, resulta necesario cumplir una serie de requisitos: el Notario competente será el del último domicilio común del matrimonio o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes, resultará necesaria la intervención de Letrado en ejercicio, que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o incapacitados y que la mujer no esté embarazada.

El Art. 90.2 CC prevé que el Notario podrá oponerse a la aprobación del convenio y dará por terminado el expediente si considera que algunos de los pactos de dicho convenio pueden ser dañosos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos (mayores de edad, menores emancipados o mayores con la capacidad modificada judicialmente).

Desde que es posible el divorcio notarial, en muchas ocasiones los propios Letrados deciden acudir a la vía notarial para realizar el divorcio, por las evidentes ventajes de celeridad que ello supone. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que, si realizamos un divorcio notarial, en caso de incumplimiento, podemos encontrarnos con dificultades añadidas que no vamos a tener en caso de que el convenio haya sido homologado por resolución judicial, tanto problemas competenciales como de acceso a la vía ejecutiva.

1. COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN

La competencia, la ejecución de las escrituras notariales en materia de derecho de familia está presentando problemas, dada la falta de regulación expresa sobre ello, al igual que la competencia para conocer las liquidaciones de gananciales habiendo sido realizadas en escritura pública.

Respecto a la competencia territorial, el Art. 545.3 LEC dispone: *"Para la ejecución fundada en títulos distintos de los expresados en los apartados anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de esta Ley. La ejecución podrá instarse también, a elección del ejecutante, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2.ª del capítulo II del Título II del Libro I."* Por tanto, la competencia territorial se va a regir por el domicilio del demandado, con las facultades de elección para el ejecutante que prevé el artículo anterior.

Respecto a la competencia objetiva, ¿deberemos presentar la demanda ante los juzgados de primera instancia ordinarios o ante el juzgado que tengas asignada las competencias en materia de familia? Partiendo de la falta de regulación legal, se han pronunciado diferentes resoluciones, que coinciden en establecer la competencia objetiva de los juzgados de familia para ejecutar las escrituras notariales de divorcio o de elevación a público de convenios reguladores, así como para conocer de las liquidaciones de gananciales y diligencias preliminares de divorcios notariales.

- AAP Barcelona, 29 de Mayo de 2019 (Roj: AAP B 3227/2019) establece la competencia del Juzgado de 1ª Instancia de Familia para conocer la ejecución de título no judicial, por la reclamación de cantidad fundada en una escritura notarial de protocolización de modificación de convenio de divorcio no homologado.
- AAP Madrid, 20 de Enero de 2023 (Roj: AAP M 448/2023) establece la competencia del Juzgado especializado en Familia para conocer de la demanda de formación de inventario de la sociedad de gananciales, habiéndose realizado el divorcio mediante Escritura Notarial.

2. PACTOS EJECUTABLES

¿Es ejecutable en su totalidad el contenido de la Escritura notarial?

Para responder a esta cuestión, debemos partir de dos preceptos de la LEC estrechamente relacionados: Art. 517.2.4ª y 520 LEC. El Art. 517.2.4ª incluye las escrituras públicas como título ejecutivo, lo que erróneamente puede llevarnos a pensar que todas las obligaciones que se incluyan en dicha escritura pueden ser objeto de procedimiento de ejecución. Sin embargo, el Art. 520 LEC, al regular la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, como es la Escritura Notarial, establece que cuando se trate de estos títulos ejecutivos, *sólo* podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros.

La interpretación conjunta de estos dos preceptos nos lleva a la conclusión de que si el título ejecutivo es una escritura pública, solo puede despacharse ejecución de cantidad dineraria, y no podrá despacharse ejecución de obligaciones de dar, de hacer o no hacer contenidas en la escritura.

No parece que ésta fuera la intención del legislador al regular la posibilidad del divorcio notarial, puesto que el Art. 90.2 CC, en su último párrafo, establece literalmente que: *" Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio."* Parece claro que el legislador tenía la intención de que la escritura de divorcio notarial pudiera ser objeto de procedimiento de ejecución, al menos, en el contenido del Art. 90 CC (salvo lógicamente si hay hijos menores o con la capacidad modificada), ahora bien, no ha realizada la necesaria modificación de la LEC, por lo que entiendo que, hasta que dicha modificación no se realice, sólo podrán ser objeto de ejecución las obligaciones dinerarias perfectamente determinadas en la escritura de divorcio, que excedan de 300 euros.

Para hacer valer el resto de obligaciones que pueda contener la escritura de divorcio o de liquidación de gananciales (obligaciones de hacer, de no hacer, emitir declaraciones de voluntad, etc.), deberemos acudir al correspondiente procedimiento declarativo, a fin de que dichas obligaciones sean reconocidas en un título judicial que nos sirva de base para poder ejecutarlas conforme a lo previsto para las ejecuciones no dinerarias.

- AAP Madrid, de 30 de Octubre de 2017 (Roj: AAP M 4412/2017). En este caso se solicitó la ejecución de obligaciones de hacer contenidas en una escritura de elevación a público de un acuerdo transaccional por el que los excónyuges acuerdan la venta de determinados bienes gananciales, concretamente, se solicitaba que se requiriera para el otorgamiento de la venta acordada en escritura. El Auto referido entiende que estaría ante un supuesto de nulidad radical del despacho de la ejecución, por cuanto aunque el título presentado (escritura de elevación a público de documento privado) podría incardinarse en el art. 517.2.4º LEC, sin embargo, debe ser completado con el art. 520 del mismo texto legal, al que de manera expresa se refiere el art. 559.1.3º in fine" en los términos antes reseñados, lo que se incumple en la escritura aportada y dice literalmente: *"Por tanto, consideramos que no puede albergarse duda alguna en cuando a la distinción de los títulos que llevan aparejada la acción ejecutiva: Por un lado los judiciales y arbitrales y, por otro, los títulos extrajudiciales; como tampoco sobre el criterio del Legislador de denegar la acción ejecutiva de los títulos no*

judiciales que no sean por una cantidad determinada que exceda de 300 euros. Es evidente que en el presente supuesto, como así establece la propia Juzgadora de Instancia, nos encontramos ante una obligación de hacer recogida en una escritura pública, pero el mero hecho de que así sea no significa que la presentación de dicho título extrajudicial sea suficiente para que el tribunal despache ejecución (…) Por tanto, en el supuesto de los títulos no judiciales que incorporen obligaciones distintas a las dinerarias no tienen en nuestro ordenamiento jurídico actual carácter ejecutivo, pues los estrictos e insoslayables términos del citado precepto 520 de la ley procesal, se lo niegan, de ahí que la ejecución que nos ocupa sea nula de pleno derecho."

- AAP Zaragoza, de 11 de Diciembre de 2018 (Roj: AAP Z 2533/2018) considera que no es posible ejecutar un título no judicial que contiene una obligación de hacer, al estar limitada la ejecución de títulos de origen extrajudicial a aquellos que documenten obligaciones dinerarias, por cantidad líquida y determinada.

Deberemos plantearnos, a la hora de decidir si presentamos el convenio regulador ante el Juzgado para su homologación o bien acudimos a la vía notarial, estas dificultades para ejecutar los pactos no dinerarios, así como las propias especialidades contenidas en la LEC respecto a la ejecución de títulos no judiciales. Así, en base al Art. 581 LEC, se deberá requerir judicialmente de pago al ejecutado por la cantidad reclamada, antes de proceder al embargo de sus bienes, las causas de oposición van a ser diferentes que para la ejecución de título judicial, en base al Art. 557 LEC y, si el ejecutado se opone a la ejecución, se suspende el curso de la ejecución, frente a lo que sucede para los títulos judiciales, en los que la oposición no suspende la ejecución.

Es evidente la necesidad de una ejecución específica en materia de derecho de familia, que regule todas estas cuestiones controvertidas.

PROBLEMÁTICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS BIENES MUEBLES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Antonio Javier Pérez Martín

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otros pronunciamientos de la Sentencia de separación o divorcio que quedan perfectamente determinados en la resolución judicial, como es el caso de la pensión alimenticia o compensatoria, el pronunciamiento relativo a la vivienda familiar y a los bienes muebles genera una problemática especial en fase de ejecución al plantearse cuestiones que no están perfectamente concretadas en la Sentencia. En otras ocasiones la complicada redacción de la cláusula del Convenio Regulador relativa a la vivienda, deja margen suficiente a la interpretación lo que lleva inexorablemente a la ejecución.

El 90% de las controversias que se presentan en ejecución de Sentencia en relación a la vivienda son debidos a la imprecisión o indeterminación de la Sentencia (que debe ser congruente con las peticiones de las partes) o del Convenio Regulador. Si todo queda claro y perfectamente detallado en la fase declarativa de la separación o del divorcio, la ejecución no será un nuevo campo de batalla para los ex cónyuges.

II. LOS BIENES MUEBLES

La atribución del uso de la vivienda familiar, como precisa el art. 96 del CC, lleva aparejada la atribución de los objetos de uso ordinario que hay en ella. En el art. 103. 2.ª del CC se indica que, previo inventario, habrá que determinar los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge.

El pronunciamiento típico es el siguiente: "El uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en… y de su ajuar familiar se atribuye a… En el plazo de diez días, previo inventario, el otro cónyuge podrá retirar de la vivienda sus objetos personales si no lo hubiera hecho ya".

1. Peticiones de retirada de bienes del domicilio familiar

¿Qué muebles y objetos podrá retirar el cónyuge a quien no se le ha atribuido el uso de la vivienda?

La primera cuestión a resolver es determinar qué debe entenderse por ajuar familiar. El art. 1321 del CC indica que: "Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor". Como señala el Auto de la AP de Madrid, Sec. 22.ª, de 16 de octubre de 2012: "No existe mayor definición, concreción o delimitación en el Código Civil sobre tal concepto y extensión del ajuar doméstico, siendo relevante a estos efectos aquella finalidad del uso ordinario concerniente, en su caso, al status de la familia".

Como señalaba la AP Madrid, Sec. 22, en su Auto de 26 de octubre de 2001: "El progenitor no custodio solo podrá retirar del domicilio familiar los objetos personales, que son básicamente vestuario y objetos destinados a su aseo, pero no muebles, objetos de decoración de la vivienda y electrodomésticos aunque fueran de su propiedad". Y en el Auto de 14 de enero de 2002

indicaba el mismo tribunal que: "El esposo solo podrá retirar del domicilio los efectos y objetos personales, excluyendo los enseres o ajuar doméstico, es decir, el conjunto de mueble, utensilios, instrumentos necesarios o convenientes de uso común en la casa".

¿Podrá reclamar un cónyuge la entrega de sus bienes privativos que se encuentran en el domicilio familiar? Si esos bienes forman parte del ajuar familiar, dichos bienes se quedarán en la vivienda familiar hasta que finalice el periodo de uso y será en el correspondiente procedimiento de liquidación de gananciales donde podrá discutirse su carácter privativo o ganancial, o el procedimiento de división de cosa común. En el caso resuelto por la AP de Asturias, Sec. 1.ª en su Auto de 20 de enero de 2017 en el que los cónyuges estaban casados en régimen de separación de bienes se resolvió que: "Habiéndose atribuido al padre y a los hijos el uso de la vivienda y ajuar familiar, no puede la madre retirar el mueble del salón, aunque al día de hoy continúe abonando su importe de forma aplazada". La AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Auto de 2 de abril de 2003 denegó al marido la entrega de un piano que decía que era privativo, por pertenecer al conjunto de objetos de uso ordinario de la vivienda atribuida a la esposa.

La segunda cuestión problemática viene marcada por la ausencia de un inventario de los bienes que permita reclamar aquellos que aún continúan en la vivienda familiar. La realidad es que es difícil ver un caso en el que se haga un inventario de los bienes que quedan en la vivienda familiar y aquellos que se lleva el otro cónyuge. Cuando incluso se ha solicitado como medida cautelar la realización del inventario los juzgados y tribunales no son muy partidarios de concederla. Así por ejemplo, la AP Sevilla, Sec. 2.ª, en su Auto de 6 de septiembre de 2022 no entendió procedente acordar como medida cautelar la entrada y levantamiento de un acta notarial del estado del mobiliario y enseres de la vivienda familiar y que ocupa la exesposa. Además razonó que "debe tenerse en cuenta que la actuación notarial se desenvuelve siempre en el ámbito de la jurisdicción voluntaria por lo que es contrario a su naturaleza encomendar a un notario la práctica de un inventario judicial que, además, supone una autorización judicial para la entrada en domicilio a una persona completamente ajena a la jurisdicción y que tiene prohibido en su reglamento acceder a establecimientos contra la voluntad de su ocupante".

La AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 7 de marzo de 2008, analizó el supuesto en el esposo pretendía que se practicase por la comisión judicial un inventario de todos los bienes existentes en la vivienda familiar. La Audiencia ratificó la decisión del juzgado argumentando lo siguiente:

> "Para ejecutar el Auto en sus propios términos conviene recordar que no se acordó en dicha resolución la formación de inventario de todo el contenido de la vivienda que actualmente es ocupada por la apelada, sino que, antes bien, se estableció expresamente la posibilidad y la facultad del recurrente de extraer de dicha vivienda los bienes y enseres personales propios de aquél, previa formación de inventario de los mismos, lo que en modo alguno incluye la posibilidad, como no podía ser de otra manera, puesto que no está previsto desde el punto de vista sustantivo y procesal, la formación de inventario de todo el ajuar y mobiliario de la vivienda, puesto que ello es propio del trámite previsto en el art. 808 de la Lec, cumpliendo con las prevenciones establecidas en el número 2 del citado precepto, en lo que se refiere a la aportación de la propuesta en la que se harán constar las diferentes partidas que deben incluirse en dicho inventario.
>
> En suma, es lo procedente, y tal facultad si se reconoce al recurrente en el Auto de medidas provisionales, a falta de acuerdo con la otra parte, proponer al juzgado, lo que debe efectuar aquél, la relación de objetos y enseres personales, que no privativos, o relacionados con la profesión del mismo, que pretende sacar de la vivienda, de modo que conocido ello por vía judicial, y acreditado el derecho que se interesa, y a falta de acuerdo con la apelada, deberá entonces el juzgado disponer lo preciso para dar efectividad a lo acordado en el auto de medidas provisionales, no descartándose la posibilidad de la intervención de la comisión judicial para la formación del inventario concreto de todo lo que en derecho, y

por vía de ejecución, corresponda extraer de la vivienda, con los límites impuestos en dicha resolución".

En el caso resuelto por la AP de Tarragona, Sec. 1.ª, en su Auto de 24 de febrero de 2023, el Juzgado inadmitió a trámite la demanda de ejecución en la que la madre solicitaba la entrega de los bienes de uso personal en base a que la Sentencia no concretaba que bienes podía retirar. La Audiencia estimó el recurso de apelación y resolvió que: "El titulo se refiere a los enseres de uso personal y estos tiene que enumerarlos la acreedora para en su vista el deudor ejecutado prestar su conformidad o no a su extracción, incluso con los apremios que se consideren convenientes, previa valoración por el Juzgado de la ejecución si la enumeración es o no consistente con el carácter de bienes, enseres o utensilios de uso personal, lo que patentemente no ha hecho con vulneración del contenido de la sentencia que se pretende ejecutar y por derivación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)".

Con la inexistencia de un inventario viene el problema de acreditar la preexistencia de los bienes y determinar qué cónyuge los tiene en su posesión, lo que lleva a una complicada ejecución de Sentencia cuando un cónyuge reclama al otro que le entregue los bienes de uso personal, pues puede encontrarse con la oposición del otro indicando que ya se los llevó hace tiempo.

Desde el punto de vista procesal, cuando un cónyuge solicita la entrega de bienes que están en el domicilio familiar y el otro cónyuge se niega, según indica la AP de Cádiz, Sec. 5.ª, en su Auto de 23 de febrero de 2023: "Para los supuestos de incumplimiento de la obligación de retirada de efectos personales debe aplicarse la normativa general prevista para la entrega de bienes muebles, sin que pueda considerarse indeterminada la obligación por el hecho de que en el título no se especifiquen los bienes concretos". Conforme a esta resolución lo primero que habrá que hacer es realizar el inventario.

2. Peticiones de reintegro de bienes a la vivienda familiar

Cuando a quien se le atribuye el uso de la vivienda familiar no venía ocupándola con anterioridad, una vez que se le ha entregado la posesión del inmueble, hay casos en los que presenta una demanda de ejecución reclamando el reintegro de los bienes muebles que el otro ha retirado. El mismo problema se presenta cuando se ha atribuido el uso de la vivienda familiar privativa de un cónyuge y finalizado le periodo de uso, tras la entrega de la posesión falta mobiliario.

Ante esta petición, la AP de Tarragona, Sec. 1.ª, en su Auto de 23 de febrero de 2022 resolvió que: "El padre presenta demanda de ejecución reclamando el reintegro de los electrodomésticos, mobiliario y ajuar sustraídos del domicilio familiar por la madre, pero dicha petición no está contenida en el título ejecutivo. En consecuencia las partes deberán dirimir sus controversias en el procedimiento de división de cosa común".

Sin embargo, otros Tribunales sí consideran procedente en estos casos admitir a trámite la demanda de ejecución. La AP de Cantabria, Sec. 2.ª, en su Auto de 7 de mayo de 2023 resolvió que: "Ha de admitirse a trámite la demanda de ejecución en la que se solicita la devolución del ajuar de la que fuera vivienda familiar: la atribución en el título ejecutivo del uso y disfrute de la vivienda a ambos cónyuges, lleva implícito el uso del ajuar doméstico, pues difícilmente puede usarse la vivienda si no cuenta con el mobiliario y enseres necesarios para el desarrollo de la vida cotidiana. No es pues necesario que el pronunciamiento especifique que el atribuirse el uso de la vivienda incluye el ajuar familiar". El Auto del juzgado rechazó el despacho de ejecución en base a que lo pretendido por el ejecutante es la devolución por la ejecutada del ajuar de la que fuera vivienda familiar, y la atribución en el título ejecutivo del uso y disfrute de la vivienda a ambos no lleva implícita la determinación e inventario de los bienes que constituyen el ajuar doméstico, debiendo articularse tal pretensión por otra vía judicial.

La AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 2 de abril de 2009 condenó a la esposa a reintegrar los bienes muebles que se llevó del domicilio familiar, estableciéndose una obligación sustitutoria de pago para el caso de que no lo verifique por importe 36.000 euros con sus correspondientes intereses.

De todas formas, de admitirse a trámite la ejecución, habría que realizar un inventario y determinar qué bienes concretos formaban parte del domicilio familiar y cuales deben ser reintegrados, lo que nos lleva nuevamente al problema de acreditar la preexistencia y quien está en posesión del bien desaparecido. La AP Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 16 de octubre de 2012 resolvió lo siguiente: "En la diligencia de lanzamiento, el exesposo hizo constar que faltaban varias cosas del ajuar familiar y la exesposa alegó que las mismas se las había llevado anteriormente el demandante. En consecuencia no procede despachar ejecución frente a la exesposa al no constar un inventario de los enseres y objetos que integraban el ajuar doméstico, y desconocerse quien era el poseedor de los bienes que menciona el exesposo".

En alguna ocasión, el cónyuge propietario de la vivienda ha acudido a la vía penal denunciando apropiación indebida de los muebles por parte del otro cónyuge. La AP de León, Sec. 3.ª, en su Auto de 9 de febrero de 2017 ratificó el sobreseimiento provisional de la causa penal en base a la controversia entre las partes acerca de la titularidad de los muebles existentes en la vivienda y a que el denunciante no había aportado prueba de su pertenencia.

3. Otras peticiones relacionadas con los muebles

La AP de Córdoba, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 31 de enero de 2013 resolvió un supuesto en el que el hijo mayor decidió trasladarse a convivir con el padre y este solicitó retirar del domicilio familiar los muebles del dormitorio del hijo, pero ducha petición fue desestimada al no existir previsión expresa en este sentido en el art. 96 del CC.

Por su parte, la AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Auto de 11 de marzo de 2003 concluyó que se "imponía la devolución de diversos objetos propiedad de los hijos mayores que se encuentran en la vivienda que ocupa la madre, al no estimarse la existencia de pacto alguno en virtud del cual los mismos se quedasen en el domicilio ni el abandono de los bienes por parte de los hijos".

III. LOS VEHÍCULOS

Hoy es frecuente que las parejas tengan uno o dos vehículos y llegado el momento de la crisis conyugal surge el problema de qué va a pasar con los vehículos, tanto en lo que se refiere a su posesión como a atender los gastos que genera ya sea la propiedad como el uso.

El criterio mayoritario entre los Juzgados y Audiencias Provinciales es que los vehículos no forman parte del "ajuar familiar" y por tanto carece de amparo legal que una Sentencia de separación o divorcio se pronuncie sobre ellos. Ni en el art. 90, ni en 91 ni en el art. 103. todos ellos del CC se hace referencia a los vehículos, por lo que en puridad nada hay que resolver en un procedimiento de separación o divorcio.

No obstante, algunos Juzgados sí encuentran procedente hacer atribución de uso de los vehículos y disponer quien se hará cargo de los gastos que generen. La cobertura legal para esta decisión se encuentra en el art. 103, 4.ª del CC:

> "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:… 4.ª Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo".
>
> Es dudoso que este precepto pueda aplicarse cuando el régimen económico matrimonial entre los cónyuges es el de separación de bienes, dado que hace referencia a

bienes gananciales o comunes, salvo que, claro está el vehículo pertenezca en copropiedad a ambos cónyuges.

Es cierto que dicho precepto solo regula las medidas provisionales y que en el art. 91 del CC no encontramos una medida definitiva equivalente, pues el citado recepto habla en términos genéricos de que la Sentencia debe contener un pronunciamiento en relación a "la liquidación de régimen económico". Sin embargo, es frecuente ver Sentencia que acuerdan atribuir el uso de vehículos a los cónyuges.

La única problemática que suele presentarse en fase de ejecución de Sentencia está relacionada con la entrega de un vehículo a uno de los cónyuges cuando la posesión la tiene el otro que además puede ser el titular formal del vehículo. Se trata de cumplir una obligación de entrega de una cosa mueble determinada que se sustanciará por los cauces del art. 701 de la Lec:

"Artículo 701. Entrega de cosa mueble determinada. 1. Cuando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos. Si fuera necesario proceder a la entrada en lugares cerrados recabará la autorización del Tribunal que hubiera ordenado la ejecución, pudiéndose auxiliar de la fuerza pública, si fuere preciso…"

La verdadera problemática se desplaza al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial o de división de cosa común, donde se cuestionará el pago de los préstamos concertados para la adquisición el vehículo, el pago del Impuesto de Circulación, ITV, reparaciones, arreglo de averías, multas, etc.

IV. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS EN RELACIÓN A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

1. La Sentencia no atribuye a ninguno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar

Bien por que no haya hijos menores de edad, porque no exista un interés más necesitado de protección o sencillamente porque los cónyuges no han solicitado la atribución del uso, nos podemos encontrar con Sentencias que no incluyen ningún pronunciamiento en relación a la vivienda familiar. ¿Qué pasa en estos casos con la vivienda familiar? Veamos los supuestos que pueden presentarse

1.a) La vivienda no está ocupada por ningún cónyuge

En principio no se presentará ningún problema y habrá que estar a lo que se resuelva en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial o en el procedimiento de división de cosa común.

Si la vivienda está arrendada y en posesión de terceros, habrá que respetar el contenido del contrato de arrendamiento, y respecto a las rentas se determinará lo procedente en el procedimiento de liquidación si es que uno solo de los cónyuges es el que se está apropiando de ellas.

1.b) La vivienda está ocupada por uno sólo de los cónyuges

El cónyuge no usuario puede tolerar dicho uso y no hacer nada de momento, pero también puede estar interesado en recuperar la posesión o que, si la vivienda es común, pueda tener un uso temporal o que se ponga en alquiler. Veamos los distintos escenarios que pueden presentarse en función de quién sea el propietario del inmueble.

A) Vivienda propiedad exclusiva de uno de los cónyuges

Para recuperar la posesión del inmueble, el cónyuge propietario deberá ejercitar normalmente la acción de desahucio por precario, al carecer el cónyuge ocupante de título posesorio alguno que

legitime la continuidad en la ocupación de la vivienda. No obstante, también podría presentarse una demanda de juicio verbal solicitando la tutela sumaria de la posesión (art. 250.1.4.º de la Lec), pero siempre que no haya pasado un año desde que el otro cónyuge detenta la posesión del inmueble (art. 439.1 de la Lec).

B) Vivienda propiedad de la sociedad de gananciales

Existen distintas vías para resolver la situación:

a) Solicitar medidas de administración dentro del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

El cónyuge no usuario del inmueble puede instar la liquidación de la sociedad de gananciales y pedir medidas de administración solicitando que se regule el uso por ambos cónyuges hasta que se liquide la sociedad.

b) Presentar una demanda de desahucio por precario

Otra opción puede ser presentar una demanda de desahucio por precario para que la vivienda quede libre de ocupantes facilitándose de esta forma el proceso de liquidación. El Tribunal Supremo admite abiertamente la posibilidad de ejercitar esta acción una vez que la sociedad de gananciales está disuelta pero no liquidada. Es doctrina de nuestro Alto Tribunal que en las situaciones de comunidad el uso exclusivo por uno de ellos, excluyendo a los demás, sin título que lo ampare, es ilegítimo y constituye una extralimitación objetiva o abuso en el ejercicio de su derecho a poseer, que determina una posesión precaria que habilita el desahucio, sin perjuicio del régimen de coposesión existente. Así se ha contemplado por ejemplo, en las comunidades hereditarias (Ss. TS 8 de mayo de 2008, 29 de julio de 2013, 14 de febrero de 2014...), doctrina que es también aplicable (STS 9 de diciembre de 2015) a la comunidad postganancial originada con la disolución de la sociedad de gananciales por el divorcio, y que permanece hasta que se produzca la liquidación, en la que hasta ese momento los excónyuges no tienen una cuota indivisa sobre cada uno de los bienes, sino que la participación de aquellos lo es globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo(STS 26 de mayo de 2020). En su Sentencia de 21 de diciembre de 2020 el Tribunal Supremo indicó que el excónyuge del causante tiene legitimación para interponer una demanda de desahucio por precario frente a la que fue su segunda esposa en relación a una vivienda que pertenece a la sociedad postganancial del primer matrimonio. Que la segunda esposa tenga el usufructo universal de la herencia del causante no es obstáculo para que prospere la acción de desahucio por precario.

En el caso resuelto por la AP Cuenca, Sec. 1.ª, en su Auto de 26 de abril de 2022 la esposa se opuso al desahucio excepcionando la inadecuación del procedimiento al entender que debía tramitarse un procedimiento de modificación de medidas para que se le atribuyese el uso al esposo, pero la Audiencia concluyó que: "Si a la esposa no se le asignó el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de divorcio es procedente admitir a trámite la demanda de desahucio interpuesta por el esposo, único propietario del inmueble, sin que deban sustanciar las partes la controversia en un procedimiento de modificación de medidas".

c) Solicitar en ejecución de Sentencia de divorcio el lanzamiento del cónyuge

Lo que no parece ser aceptado por los Juzgados y Tribunales es que el cónyuge propietario inste una demanda de ejecución para solicitar el lanzamiento del cónyuge que, sin título viene ocupando el inmueble, dado que concurría la causa de oposición prevista en el art. 559.1,3.º de la Lec, es decir, nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la Sentencia pronunciamiento de condena.

En este sentido, la AP de Tarragona, Sec. 1ª, en su Auto de 11 de diciembre de 2019 resolvió que: "Si la sentencia de divorcio no atribuye el uso de la vivienda a ninguno de los cónyuges, no procede, por vía de ejecución, acordar que la esposa la abandone pues no procede la utilización

del procedimiento de ejecución para el ejercicio de una acción posesoria cuando no existe expreso pronunciamiento de condena al desalojo".

No obstante, también encontramos resoluciones que admite resolver el problema en fase de ejecución de Sentencia, como la AP de Málaga, Sec. 6.ª, en su Auto de 22 de abril de 2010 o la AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Auto de 25 de mayo de 2020.

d) Solicitar la regulación del uso por vía de los arts. 394 y 398 del CC

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que disuelta la sociedad de gananciales surge la sociedad post ganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria, y en base a lo establecido en los arts. 394 y 398 del CC, como ambos tienen derecho a usar el inmueble, y si no se ponen de acuerdo, el cónyuge usuario podrá interponer una demanda de juicio ordinario para que se dicte Sentencia regulando el uso.

Sin embargo, el criterio judicial es desestimar esta petición apreciando la inadecuación de procedimiento y remitiendo a las partes al procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. En este sentido se han pronunciado la AP de Sevilla, Sec. 6.ª, en su Auto de 16 de diciembre de 2021; AP de Alicante, Sec. 4.ª en su Auto de 14 de julio de 2021; y la AP de Madrid, Sec. 10.ª, en su Auto de 10 de junio de 2019.

C) Vivienda copropiedad de ambos cónyuges

Sin perjuicio de que se pueda ejercitar la acción de división de la cosa común, como medida cautelar dentro de este proceso o como acción principal, puede solicitarse que el Tribunal, conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 398 del CC, regule el uso por ambos copropietarios.

Si finalmente se opta por consentir el uso, pero quiere reclamar alguna cantidad por el enriquecimiento injusto que le causa que el inmueble esté ocupado exclusivamente por el otro copropietario, deberá requerirle fehacientemente para que permita el uso conjunto, pues solo desde dicho requerimiento y ante la negativa a compartir el uso, podrá reclamar posteriormente una indemnización que generalmente se fija en el 50% del valor de arrendamiento de una vivienda de similares características.

1.c) La vivienda está ocupada por los hijos mayores de edad

En este caso, no hay ningún obstáculo para ejercitar la acción de desahucio por precario por uno solo de los cónyuges, aunque el otro cónyuge copropietario se oponga al ejercicio de esta acción. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 2023 resolvió que: "Unos copropietarios de un inmueble en pro indiviso, aunque no reúnan la mayoría de las cuotas tienen legitimación activa para interponer una demanda de desahucio por precario".

2. La Sentencia atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges o en su caso a los hijos comunes, lleva aparejada la lógica consecuencia de que el otro cónyuge tiene que abandonar la vivienda. La aparente simplicidad de este pronunciamiento no impide que, en determinadas ocasiones, su ejecución pueda complicarse en exceso.

Pueden darse diversas situaciones en función de quien este ocupando el inmueble, y en muchas ocasiones quien tiene que abandonarlo se opone a la ejecución y aquí surge ya el primer problema, pues hay numerosos juzgados que no admiten más causa de oposición que las previstas en el art. 556 de la Lec. Sin embargo en la práctica vemos escritos de oposición alegando las siguientes causas:

- No es firme la resolución que acuerda la atribución del uso

- No respetar el plazo de un mes del art. 704 de la Lec

- Caducidad de la acción ejecutiva: 5 años

- Abuso de Derecho
- La ejecutada alega su condición de víctima de violencia de género
- Situación de vulnerabilidad: Según vienen resolviendo los Juzgados y Tribunales el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 11/2020 de 31 de marzo, no comprende el caso de la extinción del derecho de uso concedido en un procedimiento de divorcio. (AP de Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 31 de marzo de 2023; AP Alicante, Sec. 4.ª, Auto de 22 de diciembre de 2020 y 9 de septiembre de 2020.
- Interposición de una demanda de modificación de medidas por cambio de circunstancias

3. La Sentencia atribuye el uso de la vivienda a ambos cónyuges en el sistema de casa nido

Ya sea porque se ha acordado la casa nido o porque, ante la ausencia de un interés más necesitado de protección se ha resuelto atribuir de forma rotatoria el uso del inmueble a ambos cónyuges, puede suceder que llegado el momento en el que uno de ellos tiene que abandonarlo para que lo ocupe el otro, se niegue a ello. En estos casos no suele existir ningún obstáculo para que, tras presentarse la correspondiente demanda de ejecución, el juzgado acuerde el lanzamiento.

4. La Sentencia atribuye el uso rotatorio de la vivienda a ambos cónyuges.

En estos casos no existe la más mínima duda de que, tras interponerse la correspondiente demanda de ejecución, el Juzgado acordará el lanzamiento para que la vivienda pueda ser ocupada por el otro.

El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española comprende la facultad de obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, ya que, en caso contrario, la sentencia firme se convertiría en una mera e ineficaz declaración formal carente de contenido (en este sentido, sentencias del Tribunal Constitucional 152/1.990, 142/1.992, 57/1.995, 43/1.998 y 55/2.000, entre otras). La acción ejecutiva, en cuanto facultad comprendida en el derecho subjetivo público a la tutela jurisdiccional (esto es, facultad en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales han de actuar la responsabilidad contenida en el título ejecutivo) supone que la actividad de ejecución forzosa no puede resultar excluida en relación con las sentencias de condena firme o las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, a las que se refiere el art. 517.2.1 º y 3º L.E.C. como dos de las categorías de títulos que llevan aparejada ejecución, aun cuando es innegable que la actividad de ejecución de cualquier resolución judicial firme ha de acomodarse a los términos que se desprenden de la literalidad de su parte dispositiva, interpretados, si ello fuera preciso, recurriendo a la fundamentación jurídica de la resolución de que se trate (así, sentencias del Tribunal Supremo de 19-12-1.988, 24-10-2.000 y 15-6-2.001, entre otras).

La AP de Málaga, Sec. 6.ª, en su Auto de 21 de diciembre de 2022 resolvió que: "Habiéndose pactado en el Convenio Regulador el uso alternativo de la vivienda familiar por años, debe admitirse la demanda de ejecución en la que se solicita el lanzamiento de uno de los excónyuge después de transcurrir su periodo de uso, siendo indiferente que con posterioridad se haya liquidado la sociedad de gananciales adjudicándose el inmueble en pro indiviso a ambos excónyuges". Y la Ap. de Granada, Sec. 5.ª, en su Auto de 22 de septiembre de 2022 indicó que "Habiéndose establecido el uso alternativo de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, debe admitirse a trámite la demanda interpuesta por el ejecutante, frente al hijo mayor quien ocupa la vivienda desde el fallecimiento de la madre".

V. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor con el que convive, o en su caso al cónyuge más necesitado de protección siempre es temporal.

Actualmente cuando se atribuye el derecho de uso a los hijos menores de edad, suele especificarse que dicho uso solo se prolongará hasta que alcancen la mayoría de edad. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha dejado perfectamente claro que el derecho de uso del art. 96 del CC no es de aplicación a los hijos mayores de edad. Con cierto retraso el legislador ha modificado dicho precepto para darle la siguiente redacción: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". Sin embargo, podemos encontrarnos con Sentencias que en su día atribuyeron el uso a los hijos menores sin hacer ninguna referencia al momento en el que se extinguiría dicho uso. En estos casos, puede entenderse que con la mayoría de edad quedó extinguido automáticamente el uso y podrá el cónyuge no usuario del inmueble presentar una demanda de ejecución o previamente habrá que instar una demanda de modificación de medidas para que, por Sentencia, se declare extinguido el uso. Lo primero que habrá que tener en cuenta es si el uso se atribuyó exclusivamente a los hijos o también al progenitor por ser su interés digno de protección. En segundo lugar, igualmente será determinante si alguno de los hijos presenta alguna discapacidad puesto que esta circunstancia puede ser motivo para que el derecho de uso se extienda más allá de la mayoría de edad. En tercer lugar, también deberá tenerse presente si la atribución de uso se hijo la atribución del uso se hacía hasta una determina edad con independencia de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad (por ejemplo hasta que cumpliese 25 años) o si se atribuyó hasta que el hijo alcanzase independiente económica.

Pues bien, situándonos en el escenario de que el uso se atribuyó solo al hijo (no existía en el progenitor custodio un interés más necesitado de protección); que dicho hijo no presenta ninguna discapacidad; y que incluyó ninguna otra condición (hasta que alcanzase una determina edad o fuese independiente económicamente) ¿podría extinguirse el derecho de uso en fase de ejecución de Sentencia? Cuando la cuestión jurídica admite dudas, lo más práctico es utilizar el camino más simple y en este caso debe optarse por la presentación de una demanda de modificación de medidas. Acudir a la ejecución de Sentencia es iniciar un camino con un incierto final que, después del tiempo transcurrido desde que presentamos la demanda de ejecución, nos puede remitir al punto de salida y tener que presentar procedimiento de modificación de medidas, pues aunque legal y jurisprudencialmente la mayoría de edad es incompatible con la atribución del uso, existe una Sentencia que concede dicho uso. Por otro lado puede suceder que la vivienda familiar se venda a un tercero (en venta directa o en subasta pública) y el progenitor con el que convive el hijo mayor esgrima la Sentencia de divorcio para evitar el lanzamiento, por lo que siempre es recomendable extinguir judicialmente la medida de atribución de uso.

No obstante, en la práctica nos hemos encontrado con situaciones en las que en fase de ejecución de sentencia se solicitan directa o implícitamente pronunciamientos declarativos en torno a la extinción, pues cuando se concedió el uso se indicó, por ejemplo, que se hacía hasta que el hijo mayor fuese independiente económicamente, o hasta que la exesposa conviviese con una tercera persona. La cuestión a decidir es si, cumplida la condición, puede solicitarse la extinción en fase de ejecución de Sentencia o en su caso debe acudirse a un procedimiento de modificación de medidas. No regulando el art. 96 del CC las causas de extinción, es obvio que la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla esta situación.

La Ley Vasca Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, regula en el art. 11 las causas de extinción del derecho de uso: a) El fallecimiento del beneficiario del uso. b) Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes.

c) La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario. d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario. e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos. f) Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada. Y en el art. 12, expresamente se indica que en los casos c) y d) del apartado anterior deberá acreditarse el hecho causante de la extinción mediante el procedimiento para la modificación de medidas, pudiendo llevarse a efecto en el resto de los supuestos por vía de ejecución de sentencia. La AP de Guipúzcoa, Sec. 2.ª, en su Auto de 23 de abril de 2021 resolvió un caso en el que se atribuyó el uso hasta que el hijo se independizase económicamente, no discutiéndose por la madre que este hecho se haya producido, consideró procedente por el Tribunal resolver la cuestión en fase de ejecución de Sentencia, acordándose finalmente el lanzamiento.

VI. PROBLEMÁTICA JURÍDICA CUANDO SE HA EXTINGUIDO EL PERIODO DE ATRIBUCIÓN DE USO

Una vez que finaliza el derecho de uso de la vivienda se presenta el problema de cómo puede recuperar la posesión el cónyuge que es exclusivo propietario del inmueble o en otro escenario distinto, qué pasa con la vivienda si es copropiedad de ambos o pertenece a la sociedad de gananciales, y el cónyuge que no la utiliza quiere que el otro la deje libre para no entorpecer el proceso de liquidación.

Lo deseable es que finalizado el plazo de uso, el cónyuge que ha venido ocupando el inmueble lo abandone, y entregue la posesión al cónyuge propietario o deje libre la vivienda sin perjuicio de lo que se acuerde en el proceso de liquidación de gananciales o de división de cosa común. Pero la realidad es que esto nunca sucede, y quien ha tenido el uso, después de transcurrir el periodo concedido en el convenio o en la Sentencia, sigue ocupando la vivienda. ¿Qué puede hacer el otro cónyuge? ¿puede solicitar el lanzamiento en fase de ejecución de Sentencia?

El Código Civil no regula nada en el art. 96 del CC en relación a qué destino tendrá la vivienda familiar una vez que ha finalizado el derecho de uso.

A nivel autonómico, el art. 233-24.3 del CCCat indica que: "*Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso*". No obstante, como vemos solo prevé el supuesto en el que el inmueble es propiedad exclusiva del otro cónyuge, pero no cuando la vivienda pertenece a ambos en pro indiviso o a la sociedad de gananciales. En este sentido se pronunció la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, en su Auto de 8 de febrero de 2021 razonando que: "La pretensión del recurrente no puede ser acogida por cuanto el actor no ejercita el derecho que introdujo el artículo 233-24.3 del CCCat que se refiere al uso de vivienda familiar que ha sido concedido al cónyuge no titular de la misma, es decir, al incidente especial para recobrar la posesión por el titular único del derecho de propiedad de la vivienda familiar, una vez expirado el plazo por el que se concedió tal derecho y que es una institución peculiar del derecho civil de Catalunya. En el caso de autos la propiedad de la vivienda es común, por lo que el uso de la misma, una vez extinguido el derecho exclusivo concedido a la esposa por la sentencia dictada en el proceso de familia, se rige por las reglas generales de la copropiedad". En un supuesto en el que el inmueble figuraba de la exclusiva titularidad del esposo, existía un documento privado que reconocía también la propiedad en pro indiviso a la esposa, por lo que esta interpuso un proceso declarativo con la finalidad de que se reconociese su derecho. Solicitado el lanzamiento por el esposo, la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, en su Auto de 21 de abril de 2021 acordó la suspensión del

proceso de ejecución al estimarse la prejudicialidad civil dado que interesado por el exesposo el lanzamiento de la vivienda familiar por haber transcurrido el plazo de uso concedido, se está tramitando un proceso civil en el que se dilucida la propiedad en pro indiviso del inmueble.

También el art. 12.11 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, establece en su apartado f) que constituye causa de extinción del derecho de uso el vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada, estableciéndose en el art. 12.12 de la citada Ley que ello podrá llevarse a efecto por vía de ejecución de sentencia, y en el art. 12.13 de la misma que, una vez extinguido el derecho de uso, el progenitor titular de la vivienda podrá recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso. El Auto de la AP de Guipúzcoa, 2.ª, de 23 de abril de 2021 no vio inconveniente en aplicar este precepto en el caso de un inmueble que era copropiedad de ambos excónyuges.

Centrados ya en el derecho común, ¿puede el cónyuge propietario exclusivo o copropietario del inmueble presentar una demanda de ejecución solicitando el lanzamiento? La respuesta es habitual en Derecho de Familia: Depende. Como todos sabemos, con la legislación actual no cabe interponer recursos de casación frente a los Autos que dictan las Audiencias Provinciales resolviendo apelaciones contra Autos de ejecución. Ello implica que no existe ni existirá, por el momento, ninguna resolución del Tribunal Supremo resolviendo esta cuestión, lo que significa que habrá que estar a lo que decidan las Audiencias Provinciales, y como también es habitual, no existe un criterio unitario, por lo que antes de presentar la demanda de ejecución habrá que conocer el criterio de la Audiencia Provincial que tenga que resolver el posible recurso de apelación.

El Tribunal Supremo en su Auto de 29 de abril de 2021 resolvió si era procedente la admisión de una demanda de error judicial en la que se daba la circunstancia de que el Juzgado acordó el lanzamiento una vez finalizado el derecho de uso, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso y dejó sin efecto la ejecución. Como la resolución del juzgado se ejecutó y tuvo lugar el lanzamiento, la exesposa solicitaba una indemnización por el error judicial cometido por el Juzgado al acordar el lanzamiento cuando ningún pronunciamiento contenía la sentencia en este sentido. Al margen de que el Tribunal Supremo no admitiese a trámite la demanda de error judicial, es interesante a los efectos que nos ocupan el siguiente razonamiento jurídico que contiene este Auto:

> *"Existe un debate doctrinal y una divergencia de criterios seguidos en la práctica judicial acerca de la posibilidad de proceder al lanzamiento del ocupante de la que fue vivienda familiar cuando se extingue el uso que tenía atribuido, en especial cuando se trata de una vivienda que pertenece, como es el caso, en régimen de copropiedad a los excónyuges, una vez que ya se ha procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. El criterio del juzgado de primera instancia, que presupone que el lanzamiento está implícito en la decisión de extinción del uso y es consecuencia necesaria de la misma, puede dar lugar a serios debates jurídico-doctrinales, pero en modo alguno puede tacharse de manifiestamente equivocado, irrazonable o arbitrario, porque responde a una de las posibles interpretaciones que se defienden ante una cuestión que no es pacífica".*

Por tanto, actualmente existen dos criterios en las resoluciones de las Audiencias Provinciales que, salvo una modificación legislativa, pues no podremos contar con una resolución del Tribunal Supremo resolviendo la discrepancia jurídica, motivará una vez más que nos encontremos ante la habitual inseguridad jurídica que se acrecienta en los casos en que conoce más de una sección de la Audiencia Provincial de los recursos de Familia, pues las discrepancias existen dentro de una misma Audiencia.

VII. RECLAMACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS RELACIONES CON LA OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Daños causados en el inmueble familiar por el cónyuge ocupante

Una vez que tiene lugar la entrega de la posesión de la vivienda al cónyuge propietario, puede suceder que la misma presente una serie de daños que no tengan que ver con el normal uso del inmueble. ¿Puede reclamar el propietario alguna indemnización de daños y perjuicios? ¿puede efectuarse la reclamación en fase de ejecución de Sentencia o debe acudirse a otro procedimiento?

2. Daños y perjuicios por una desocupación tardía del inmueble una vez extinguido el derecho de uso

Anteriormente hemos visto que si el cónyuge a quien se le atribuyó el uso de la vivienda familiar no lo abandona tras finalizar el periodo por el que se concedió dicho uso, el cónyuge propietario o copropietario del mismo podría instar una ejecución para que se proceda al lanzamiento. Si bien, también comentamos que existían Juzgados y Tribunales que entendían que no procedía el lanzamiento al tratarse de un pronunciamiento que no se encontraba incluido en la Sentencia. Pues bien, es estos casos, cabe plantearse si sería indemnizable el periodo de ocupación del inmueble desde que finalizó el periodo de uso hasta que se abandona de forma efectiva.

El primer requisito para que procediese una indemnización de daños y perjuicios es que exista intimidación o requerimiento por parte del propietario para que se proceda a la entrega de la posesión, o en caso de ser copropietario, para que se permita el uso compartido. Si no media este requerimiento, es criterio de los Juzgados y Tribunales, que se ha consentido tácitamente el uso y no cabe indemnización de daños y perjuicios.

Una vez efectuado el requerimiento, la siguiente cuestión a resolver es si esta reclamación puede efectuarse en fase de ejecución de Sentencia o por el contrario debe acudirse a un procedimiento declarativo.

3. Daños y perjuicios por el incumplimiento de la cláusula del convenio regulador que impedía que terceros ocupasen el inmueble

Algunos convenios contienen una cláusula prohibiendo el uso por parte de terceras personas que mantengan una relación análoga a la matrimonial con el cónyuge a quien se le atribuyó el uso. Sin duda es discutible la aprobación de esta cláusula, pero en este momento debemos situarnos en el escenario de que fue aprobada en su momento y por tanto forma parte del título de ejecución, no siendo ahora el momento procesal oportuno para cuestionar su validez sino simplemente de dar cumplimiento a lo pactado, ya que en caso contrario se estaría vulnerando lo establecido en el art. 18 de la LOPJ que manda ejecutar las sentencias en sus propios términos.

Si se produce la convivencia del tercero en el domicilio familiar, el excónyuge propietario del inmueble tiene varias opciones. Una puede ser presentar una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción del uso; otra, si es el caso, presentar una demanda de modificación para reducir la cuantía de la pensión alimenticia; y la tercera, presentar una demanda de ejecución con la finalidad de impedir dicho uso.

VIII. PROBLEMÁTICA EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN RELACIÓN CON LA HIPOTECA

1. Impago de las cuotas de la hipoteca

En las sentencias de separación o divorcio era habitual incluir pronunciamientos en los que se regulaba al pago de la hipoteca que gravaba la vivienda familiar, bien mediante el abono de la mitad por cada uno de los cónyuges o en su totalidad por el cónyuge con mayor poder adquisitivo. El incumplimiento de la obligación de pago daba lugar al inicio de la ejecución de sentencia y

al consecuente embargo de bienes. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008 vino a alterar el escenario en el que pacíficamente se desarrollaba el régimen jurídico del pago de la hipoteca en los procesos de familia, tanto en la fase declarativa como en la de ejecución. Por primera vez, el Alto Tribunal declaraba que el pago préstamo de la hipoteca no es una carga del matrimonio sino que constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el art. 90.d del CC.

A partir de esta resolución, numerosos Juzgados y Tribunales dejaron de hacer pronunciamientos en la Sentencia de divorcio en relación al pago de la hipoteca y en otros casos se limitaban a mencionar que debería abonarse conforme al título constitutivo. No obstante, también conviene recordar que el Tribunal Supremo, aunque reiterando su doctrina jurisprudencia de que la hipoteca no es una carga del matrimonio, en sus Sentencias de 17 de febrero y 21 de octubre de 2014 precisó que no existe ningún obstáculo para que en la sentencia de divorcio se acuerde el pago por mitad de las cuotas del préstamo cuando ambos figuraban como prestatarios.

Con este panorama, la problemática jurídica que se presenta cuando, tras la separación o el divorcio, uno de los cónyuges no cumple con su obligación de abonar la parte que le corresponda del préstamo hipotecario, estará en función del pronunciamiento que se contenga en la Sentencia y del criterio jurídico que mantenga cada tribunal sobre la cuestión.

Si la Sentencia permite la ejecución, también es frecuente que el ejecutado se oponga en base a alguna de la siguientes cláusulas:

- Caducidad de la acción ejecutiva
- Falta de legitimación activa de la parte ejecutante
- Pago
- Pluspetición
- Compensación
- Pactos entre cónyuges
- Modificación de circunstancias
- Abuso de derecho
- Prejudicialidad civil o litispendencia con el proceso de liquidación de gananciales
- Problemática de la cancelación o vencimiento anticipado del préstamo

2. Trascendencia penal del impago de la hipoteca

Cuando resulta ineficaz la vía civil para exigir el cumplimiento de la parte de cuota hipotecaria que debe abonar un cónyuge, o sencillamente el Juzgado no admite a trámite la ejecución en base a que la hipoteca no es una carga del matrimonio, algunos optan por acudir a la vía penal.

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 2020 consideró que el impago del 50% de la hipoteca, tal y como se había acordado en la Sentencia, era un hecho constitutivo del delito de abandono de familia del art. 227.1 del Código Penal.

El impago carecerá de trascendencia penal cuando no se haya dictado resolución acordando el pago de la hipoteca, tal y como precisó el Auto de la AP de León, Sec. 3.ª, de fecha 14 de mayo de 2021: "Y es el caso que, en el supuesto que ahora nos ocupa, en la sentencia en cuestión únicamente se fija la pensión alimenticia en la cantidad de 250 euros mensuales y los gastos extraordinarios de la menor (como gastos de enfermedad, hospitalización, tratamientos especiales, odontología, ortodoncia u óptica, o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier

otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados los progenitores, actividades extraescolares o de apoyo académico, cursos fuera del centro escolar, etc.), pero nada se dice de la hipoteca ni de las demás cantidades reclamadas en la denuncia (acontecimiento 2 de las Diligencias Previas)".

IX. PROBLEMÁTICA EN RELACIÓN CON EL PAGO DE LOS GASTOS DE LA VIVIENDA

La vivienda familiar, como cualquier otro bien inmueble, tanto sea por su uso como por su propiedad, genera una serie de gastos y está afecta al pago de determinados impuestos. Hay que pagar la Comunidad de Propietarios, el Impuesto de Bienes Inmuebles, el servicio de recogida de residuos, el seguro de responsabilidad civil, los suministros (electricidad, teléfono, gas, agua), etc.

Indudablemente, la problemática que puede presentarse en fase de ejecución de sentencia estará en función de lo que se contenga en el título de ejecución, por tanto, en la fase declarativa habrá de quedar claro quién es el obligado al pago de cada uno de estos conceptos, decisión en la que habrá influido, sin duda, si la vivienda pertenece a ambos (en copropiedad o en régimen de sociedad de gananciales) o a uno solo de los cónyuges. Igualmente será determinante la voluntad de las partes plasmada en el convenio regulador, en cuanto a la forma en que se abonarán estos gastos.

Es importante tener en cuenta que si la Sentencia dictada en un procedimiento contencioso no precisa cómo se abonarán estos gastos o no lo deja muy claro, será preciso solicitar el complemento o la aclaración de la Sentencia para evitar problemas en fase de ejecución.

Veamos las cuestiones que pueden presentarse.

1. El título ejecutivo no hace referencia a quien debe de abonar un determinado gasto

Es requisito imprescindible para el inicio del proceso de ejecución que la medida que se pretende ejecutar esté incluida dentro del titulo ejecutivo (Auto de medidas o Sentencia o convenio regulador), dado que en caso contrario sería de aplicación lo dispuesto en el art. 559.1. 3.ª de la Lec, es decir, el ejecutado podría oponerse alegando la nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena.

Puede ser que la Sentencia contenga pronunciamiento de condena en relación al pago de un determinado gasto, pero no respecto a otros, por lo que la ejecución solo procederá respecto de aquél.

El criterio mayoritario es considerar inviable la ejecución cuando el título ejecutivo no hace referencia al pago de los gastos de la vivienda.

2. El título ejecutivo establece de forma genérica como deben abonarse los gastos

A veces, bien la resolución judicial o bien el convenio regulador, hacen referencia a que los gastos de uso se abonarán por aquél a quien se le haya atribuido dicho uso y los gastos de propiedad se abonará por los titulares del bien en función de la cuota que tenga en dicho bien.

El problema que surge es determinar jurídicamente cuando un gasto puede considerarse que corresponde al uso y cuando a la propiedad. Por ejemplo, ¿la cuota ordinaria de la Comunidad de Propietarios es un gasto inherente al uso o a la propiedad?

También se presentan supuestos en los que aunque se pone a cargo de los cónyuges el pago de determinado gastos que afectan a la propiedad, no llegan a enumerarse todos, si bien figura el término "y similares".

3. El título ejecutivo determina con exactitud quien debe abonar cada uno de los gastos

Si en la resolución judicial se incluyó un pronunciamiento relativo al pago de estos gastos, cargas o impuestos, en principio no debe presentarse ningún problema para la reclamación por vía de ejecución de las cantidades no abonadas por parte de alguno de los obligados.

Aunque se trata de una ejecución dineraria en la mayoría de los casos nos encontraremos con la oposición de la parte ejecutada basada en algunas de estas causas:

- Caducidad de la acción ejecutiva.
- Falta de legitimación activa.
- Pago
- Compensación.
- Pluspetición.
- El gasto realizado es voluntario.
- Abuso de derecho.
- Iliquidez de la deuda.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA. PENSIONES ALIMENTICIAS. PENSIONES COMPENSATORIAS. COMPENSACIÓN DEL TRABAJO PARA LA CASA

Antonia Roncero García

I. PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCIÓN.

1. Normas generales.

2. Competencia.

3. Acción ejecutiva fundada en Título.

4. Legitimación.

II. CAUSAS DE OPOSICION.

1. Causas Tasadas de los artículos 559 y 556. Defectos procesales y de fondo.

2. Otras causas: Inexigibilidad por cambio de circunstancias e inexistencia de causa que motiva la ejecución, enriquecimiento justo y abuso de derecho. Pactos y acuerdos alcanzados entre los progenitores aunque no consten en documento público.

3. Resoluciones judiciales al respecto:

- Audiencias provinciales, que sostienen causas tasadas oposición.

- Audiencias provinciales, que admiten como causas de oposición a una ejecución de la pensión de alimentos, otras distintas a las tasadas:

A) sentencias que admiten pactos y acuerdos alcanzados entre los progenitores, aunque no consten en documento público.

B) por cambio de las circunstancias e inexistencia de la causa que motiva la ejecución.

4. Compensación de deuda alimenticia:

1. Regla general

2. Supuestos controvertidos:

A) Compensación en documento público.

B) Compensación por gastos extraordinarios.

C) Por economía procesal.

D) Descuento por abuso de derecho.

Compensación de pensión compensatoria. Aplicación de los criterios de evitación de duplicidad en los pagos por parte del ejecutado y un enriquecimiento injusto para el ejecutante.

5. Caducidad de la acción ejecutiva y prescripción del derecho de crédito.

III. PROBLEMÁTICA DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS.

1. Determinar la naturaleza de gasto extraordinario. Incidente del artículo 776.4 LEC

2. Necesidad y consenso.

IV. OTRAS CUESTIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

1. Actualización de la pensión de alimentos.

2. Pago después del despacho de ejecución y antes de notificar la demanda de ejecución.

3. No se puede solicitar la ampliación de la ejecución en el escrito de impugnación a la oposición.

4. Pago en forma distinta a lo acordado judicialmente en el titulo procesal.

5. Pluspetición

6. Alimentos y concurso de acreedores.

7. La retroactividad en la ejecución. 1.Pensión de alimentos y 2.Pensión compensatoria.

8. Suspensión de la ejecución civil por denuncia penal con ejercicio de la acción civil y/o alegación de la prejudicialidad penal admisible como motivo de oposición a la ejecución.

9. Prejudicialidad civil y litispendencia.

I. PRESUPUESTOS PARA LA EJECUCIÓN

1. Normas generales.

2. Competencia.

3. Acción ejecutiva fundada en Título.

4. Partes.

1. NORMAS GENERALES

Las normas sobre ejecución forzosa que contiene la LEC no están pensadas para las ejecuciones de resoluciones recaídas en procedimientos de familia.

No existe una normativa específica para ejecutar pronunciamientos sobre guarda y custodia o régimen de visitas pues la LEC contiene únicamente reglas para ejecuciones dinerarias, y no dinerarias, y dentro de las no dinerarias, la ejecución de entregar cosas, de hacer y no hacer. Pero es que dentro de las dinerarias únicamente se prevé la ejecución de resoluciones que condenan al pago de una cantidad, determinada y líquida fijada en la sentencia, no contemplan los pagos periódicos, como las pensiones alimenticias y compensatorias y sin embargo las obligaciones económicas de familia son obligaciones a largo plazo y se desconoce durante cuánto tiempo estarán en vigor sin que quede claro como reclamar vencimientos de nuevos plazos impagados.

2. COMPETENCIA TRIBUNAL COMPETENTE

Artículo 545 LEC: *1. Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta Ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.*

2. Cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

3. Para la ejecución fundada en títulos distintos de los expresados en los apartados anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de esta Ley. La ejecución podrá instarse también, a elección del ejecutante, ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o ante el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la sección 2ª del capítulo II del Título II del Libro I.

Así para la sentencia dictada en pleito matrimonial o no matrimonial por virtud del artículo 545 LEC es competente el juez que la dicta y por virtud del artículo 61 de la LEC por conexión de todas las incidencias aunque no constituyan ejecución forzosa (artículo 156 del CC discrepancias y los incidentes de extraordinarios por el artículo 776-4).

Los juzgados de Violencia sobre la mujer son competentes para el conocimiento de las medidas que hayan adoptado pese a no estar incluida la ejecución en el artículo 87 ter 2 de la LOPJ. No depende de que exista un proceso penal.

De conformidad con el art. 26 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles para ejecutar los acuerdos de mediación homologados judicialmente (bien por mediación extrajudicial o intrajudicial) es competente el Tribunal que lo homologó. Si fueran los acuerdos elevados a escritura pública, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 545.2 de la LEC. Si no se elevan a escritura pública lo que no es obligatorio no son ejecutables.

3. TÍTULOS NACIONALES Y EXTRANJEROS.

Artículo 517 de la LEC:*1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.*

2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

1.º La sentencia de condena firme.

2.º Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

3.º Las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.

4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes.

TITULOS NACIONALES

Las sentencias definitivas de muto acuerdo por uno con el consentimiento del otro con su convenio regulador una vez ratificado judicialmente para los hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. En este último caso solo para los hijos matrimoniales.

Las sentencias definitivas contenciosas de hijos menores no emancipados y emancipados o hijos mayores de edad en todo caso que convivan en el hogar familiar y dependientes económicamente.

Las sentencias de modificación de medidas contenciosas o por acuerdo así como los autos de medidas previas y provisionales artículo y las resoluciones sobre gastos extraordinarios. Artículo 81 y 86 CC 103 y 104 del CC y 775 de la LEC.

Decreto ante el letrado de la Administración de Justicia y Escritura pública ante Notario de divorcio y separación de mutuo acuerdo por consentimiento de ambos con su convenio regulador. Solo para hijos mayores de edad y menores emancipados que deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. (artículo 82 y 87 CC.) Tras la reforma operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el Convenio Regulador es un requisito necesario para que se pueda autorizar la escritura de separación o divorcio ante notario.

Acuerdos de mediación extrajudicial e intrajudicial en documento público: Se podrá presentar una demanda de mutuo acuerdo solicitando su homologación judicial o incorporar el acuerdo en forma de convenio para homologar judicialmente siendo ejecutable la resolución procesal.

Acuerdos de mediación extrajudicial e intrajudicial documentados solo en documento privado no son directamente ejecutables.

Acuerdos en previsión de ruptura en documento público si son directamente ejecutables como titulo no judicial y en cuestiones disponibles para las partes.

TITULOS EXTRANJEROS:

Las acciones ejecutivas en materia de alimentos se regulan por los siguientes instrumentos.

Debemos diferenciar si nos encontramos ante una Sentencia dictada por el tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea o extracomunitario en cuyo caso habrá que instar el procedimiento de exequatur. En el primero sin necesidad de exequatur debiendo acudir a la regulación específica según nos encontremos en materia de alimentos.

1º Sentencia dictada por el tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea. En materia de alimentos

Reglamento (CE) 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

El Reglamento suprime de manera expresa el procedimiento de exequatur sin posibilidad alguna de impugnar el reconocimiento de las resoluciones dictadas por Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos. Además, otorga fuerza ejecutiva directa en los demás Estados miembros, a aquellas resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el referido Protocolo de la Haya de 2007.

Por otro lado, para el caso de resoluciones dictadas por Estados miembros no vinculados por el Protocolo de la Haya de 2007, el artículo 23 del Reglamento 4/2009, suprime igualmente el exequatur pero con posibilidad de impugnar el reconocimiento de la resolución y sin fuerza ejecutiva directa, por lo que las partes deberán solicitar el otorgamiento de la ejecución.

2ª. Sentencia dictada por el tribunal de un país extracomunitario.

En este caso, a falta de acuerdo o tratado internacional en vigor del que España sea parte, resulta de aplicación supletoria l**a Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil**. Esta ley derogó los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 e introduce el procedimiento especial del exequatur, cuyo objeto es declarar el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución.

4. LEGITIMACION.

La AP Cádiz, sec. 5ª, A 20-05-2022, nº 119/2022, rec. 1732/2021 recoge la doctrina del TS a este respecto contenida en la Sentencia 156/2017, de 7 de Marzo, en la que resume la doctrina jurisprudencial.

II. CAUSAS DE OPOSICION A LA EJECUCION

1. CAUSAS LEGALES: Tras el dictado del despacho de ejecución las causas de oposición son:

a) Causas basadas en defectos procesales (LEC art.559):

- Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.
- Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.
- Nulidad del despacho de ejecución:
  - Por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamiento de condena,
  - No cumplir el documento presentado los requisitos legales para llevar a cabo aparejada ejecución,
  - O por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en la LEC art.520, que regula la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales.

b) Causas basadas en motivos de fondo (LEC art.556):

- Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de acreditar documentalmente.
- Existencia de pactos o transacciones que se hubieran convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.
- Caducidad de la acción ejecutiva.

2. OTRAS CAUSAS: La falta de regulación específica de la ejecución en materia de derecho de familia nos sitúa en una disyuntiva según los tribunales, sobre el rigor empleado en la interpretación del artículo 91 del CC. Así unos opinan que los motivos de oposición a la ejecución de la pensión de alimentos constituyen un "númerus clausus", son los antes referidos y no pueden ser alegados otros distintos a los enumerados en el citado precepto legal basándose en la santidad de la cosa juzgada y en la invariabilidad de las sentencias. Solo cabe oponer las causas tasadas del artículo 556 LEC y remitir sin más al procedimiento de modificación de medidas del artículo 775 de la LEC. Las objeciones a esta opción podrían salvarse por la petición del efecto retroactivo de las resoluciones sobre modificación (de ahí la importancia que concedo a la retroactividad) bien al momento de la demanda o bien al momento del hecho con base en la doctrina del abuso del derecho.

Otros por el contrario sostienen que en materia de derecho de familia los procesos concluyen con títulos que regulan situaciones que no se mantienen inmutables a lo largo del tiempo y las circunstancias tenidas en cuenta en un momento dado y que conforman el fallo se modifican a corto, medio o largo plazo por lo que si nos encontramos en el lado pasivo de la obligación podemos integrar o adecuar el titulo ejecutivo en fase de ejecución. En este caso a la hora de entender el cambio de circunstancias a las que se enfrenta el ejecutado a la hora de oponerse en fase de ejecución cabe entender admisibles motivos distintos de los legales que de no admitirse podrán suponer un abuso de derecho contrario a la buena fe y/o un enriquecimiento injusto **del artículo 7.2 del CC y 11.2 de la LOPJ,** principios todos ellos que informan nuestro ordenamiento jurídico. Estos otros motivos se sustentan en hechos siempre posteriores a la determinación judicial en resolución procesal (sentencia o decreto) convenio regulador aprobado judicialmente o documento notarial concretos y fácilmente constatables sin prueba relevante que desvirtúan la pretensión de ejecución de la medida en cuestión y que dan lugar a la inexigibilidad de lo reclamado porque los hechos que se tuvieron en cuenta para adoptarla han desaparecido o se han modificado, esto es darían lugar a su modificación o extinción siendo hechos de naturaleza meramente interpretativa o integradora. Puede añadirse que la duda es si debe tratarse de una oposición discreta que suponga una modificación mínima o una oposición de gran entidad que podría dar

lugar a la extinción del título y en todo caso el pronunciamiento en ejecución evitaría acudir al procedimiento del artículo 775 de la LEC por ser circunstancias de mínima y escasa complejidad y fácil prueba.

Podemos plantearnos esta alternativa desde el punto de vista de la economía procesal y en aras a evitar a los progenitores una excesiva carga judicial pero sería deseable la creación de un procedimiento o la reforma del procedimiento de ejecución actual que permita conocer dentro de este procedimiento las causas del incumplimiento en su conjunto siempre que no revistiendo suma complejidad y teniendo prueba suficiente, pudieran resolverse sin necesidad de acudir posteriormente al procedimiento de modificación de medidas. En la actual tesitura procesal a veces es conveniente pese a su coste procesal acudir al procedimiento de modificación de medidas ya que siendo una cuestión valorativa podemos encontrarnos con resoluciones que no se ajustan a la realidad. Imaginemos que no queda probado el pacto verbal entre progenitores sobre el pago de la pensión de forma distinta a la establecida en la resolución procesal y confiando en dicho pacto verbal resulta que no pudiendo ser probado por ser negado y sin otra prueba relevante se reclaman los últimos 5 años.

Entre tanto no podemos sino resolver casuísticamente caso por caso ateniendo a los criterios de los tribunales y analizando como veremos los distintos supuestos que pueden dar lugar a este análisis pormenorizado en las circunstancias familiares que afectan a la dinámica familiar.

Así podemos diferenciar entre los hechos posteriores que pueden afectar al hijo/a menor y mayor de edad y al y al progenitor /a deudor y analizar la posibilidad de ser alegada en el oposición a la ejecución.

HECHOS RELATIVOS AL HIJO MENOR DE EDAD:

- CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA, DE INDIVIDUAL A INDIVIDUAL O INDIVIDUAL A COMPARTIDA. Si se reclama por ejemplo por la madre custodia una pensión de alimentos y existe una prologada situación de convivencia con el padre **se puede alegar OE.** El TS admite como excepción a la doctrina general en modificación de medidas que la eficacia temporal de la extinción se retrotraiga no al momento de dictar la sentencia sino a la presentación de la demanda. STS 223 / 2019 de 10 de abril. Así el auto de la AP Sevilla, sec. 2ª, A 19-06-2023, nº 192/2023, rec. 11883/2021 resuelve la oposición en la que se invoca un pacto privado entre progenitores rigiendo un régimen de custodia compartida. En el auto (además de no considerar que la exploración del menor dada su edad sea un acertado elemento probatorio en este debate meramente económico entre partes) da por probada la existencia y validez del acuerdo privado sin que resulte convincente que fue forzada la parte ejecutante a suscribir dicho acuerdo en tanto que ha regido durante tres años y medio sin denunciar nunca el incumplimiento de la sentencia ni en el pago de alimentos ni en el régimen de visitas, lo que nos lleva a que dicho acuerdo privado se llevó a cabo según lo pactado.

SI UNOS HIJOS CONVIVEN CON EL CUSTODIO Y OTROS SE MARCHAN CON EL OTRO: **se puede alegar OE** esta situación para ser ponderada la exigibilidad de los alimentos del hijo que no convive con la ejecutante.

- IMPORTE O EXTINCION DE LOS ALIMENTOS. **Nunca se pueden graduar, modificar o extinguir los alimentos salvo en procedimiento de modificación de medida**. Por propio fundamento del derecho de alimentos de los hijos menores de edad no puede plantearse como causa de oposición la falta de necesidad de los alimentos del hijo menor de edad.

HECHOS RELATIVOS AL HIJO MAYOR DE EDAD

- LA MAYORIA DE EDAD no extingue la pensión de alimentos. **Artículo 93.2 del CC**. La doctrina del TS así lo reconoce, hay que estar a las circunstancias del caso concreto objeto de ponderación por el tribunal por lo que **no es una circunstancia a alegar en una OE.**

- MODIFICACION O EXTINCION DE LOS ALIMENTOS.

La graduación o modificación del importe de la pensión de alimentos por razón de las necesidades del hijo que pueden aumentar o disminuir **no es una cuestión que pueda resolverse en un proceso de ejecución**. En cuanto a la extinción tiene más sentido ponderar las circunstancias relativas a la concurrencia que darían lugar a una extinción de las obligaciones de alimentos, por el propio fundamento de las obligaciones alimenticias de los hijos mayores de edad y hay que estar a estos efectos al **artículo 152 del CC:** Cesará también la obligación de dar alimentos: (además de la muerte del obligado según el artículo 150 del CC) *1.º Por muerte del alimentista.2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.*

Igualmente hay que atender a las circunstancias **del artículo 93. 2 del CC** *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.*

Por tanto se refieren a hechos relativos a la extinción por falta de necesidad **artículo *152.3º*: y 93.2º** *ejercer un oficio, profesión o industria, haya adquirido un destino o mejorado de fortuna. E*stas circunstancias **en principio pudieran ser fácilmente constatables en OE** s**i bien nos encontramos con el inconveniente con el apoyo de la prueba** que a veces no es fácil, tiene que flexibilizarse el principio de la carga de la prueba con el principio de facilidad probatoria.

El trabajo no es suficiente para extinguir la pensión de alimentos toda vez que el trabajo puede ser en prácticas u ocasional, no estable o con una remuneración escasa y a veces se acompaña de una ampliación de formación o bien el hijo o hija trabaja pero tiene alguna discapacidad por tanto hay que ponderar muchas circunstancias tales como la edad, si ha terminado o no el proceso de formación, la continuidad de los trabajos y el importe que percibe como remuneración. **Por tanto se compadece mal todas circunstancias con el abuso de derecho salvo el ejemplo más claro de incorporación al trabajo e independencia económica.**

Extinción por otras circunstancias contenidas en el **artículo 152 4º y 5º del CC**.*-falta de las que dan lugar a la desheredación. SE ha planteado la falta de relación paternofilial como maltrato psíquico y por tanto como causa de extinción de la obligación de alimentos pero resulta harto difícil esta prueba, puesto que según la STS de 19 de febrero de 2019, hay que acreditar que la relación es manifiestamente imputable de forma principal y relevante al hijo (falta de habilidades de los padres).* **Existe una gran dificultad de admitir esta cusa como OE.**

-mala conducta, falta de aplicación al trabajo, o en su formación. Resulta complejo incardinar este motivo en la circunstancia fácilmente constatable puesto que existe una graduación compleja que abarca desde el llamado "NINI" hasta el que se ve impedido de estudiar por causa no imputable de enfermedad o si se retrasa o prolonga su formación por lo que **no es adecuado que se alegue en la OE estas circunstancias.**

FALTA DE CONVIVENCIA CON PROGENITOR Artículo 93.2 CC.

- Falta de convivencia con progenitor custodio, cambio de residencia de un progenitor a otro o se reparte los tiempos de convivencia con progenitores: extinguiría la pensión de alimentos y por tanto ***puede alegarse en la OE*** *por ser circunstancia fácilmente constatable si a ello se suma la independencia económica.*

- Convivencia con progenitor y novia: ver su necesidad ***en MM no en OE.*** *Este hecho como sustentador de un abuso de derecho resulta complejo por lo que no se puede sustraer al procedimiento de MM. Siempre nos encontramos con el hecho de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC y del principio de facilidad probatoria*

- Falta de convivencia con progenitores y convivencia con terceros, con los abuelos, con un amigo o con la novia con y sin hijos: ver su necesidad ***en MM no en OE****. Existen situaciones en que estudiando por ejemplo fuera del domicilio y vuelve en verano no se extingue la pensión de alimentos.*

Pero si a este hecho se unen otros hechos que pueden constituir abuso de derecho ***se puede ponderar la alegación como causa de oposición****.*

AP Tarragona, sec. 1ª, A 21-09-2022, nº 191/2022, rec. 529/2022.Es pacifico que la hija mayor realiza estudios en la universidad DIRECCION001 y que ha trasladado su residencia a DIRECCION002 donde convive con su "novio " en la época lectiva para tener una mayor cercanía al centro universitario que desde el domicilio paterno en DIRECCION000.Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 156/2017 de 7 de marzo, 407/2018, de 29 junio y 407/2018, de 29 junio) hemos declarado repetidamente que los progenitores únicamente pueden solicitar alimentos para los hijos mayores de edad que convivan con ellos, lo cual no ocurre cuando se han independizado con ruptura del principio de solidaridad familiar (STS 104/2019, de 19 febrero y 558/2016, de 21 de septiembre).Ahora bien, esta quiebra no se produce en los casos en que la hija sale del domicilio familiar para el complemento de sus estudios, con independencia de que durante el periodo de ausencia resida con su novio que trabaja, como es nuestro caso, pues la convivencia familiar ha de interpretarse no solamente en el sentido de morar en la misma vivienda con el progenitor sino también basada en otras razones que sitúan al hijo fuera de la misma, careciendo de autonomía, bien en forma voluntaria o bien impuesta, lo que les dificulta o imposibilita la convivencia física con el progenitor (STJC 10 mayo 2018, rec. 26/2018)."

*AP Sevilla, sec. 8ª, A 21-06-2005, nº 105/2005, rec. 3004/2005:*La AP estima el recurso interpuesto por el ejecutado frente al auto que estimó en parte su oposición a la demanda de ejecución de una sentencia matrimonial en lo relativo a la pensión alimenticia a favor de la hija común. El tribunal argumenta que, acreditado que la hija es mayor de edad, que no vive en el domicilio familiar y que si no tiene ingresos es por su falta de interés en conseguir un trabajo, procede excluir de la ejecución aquellos alimentos que se habrían devengado en el período de tiempo que se lleva produciendo esa situación.

*AP Cantabria, sec. 2ª, A 12-12-2022, nº 176/2022, rec. 515/2022;*En el supuesto enjuiciado ha de recordarse que en la oposición a la ejecución ya alega el hoy apelado que la hija mayor de edad vivía con su novio y no con la madre lo que constituye en "abuso de derecho".

HECHOS RELATIVOS AL PADRE DEUDOR

Tanto la extinción como la modificación de la pensión de alimentos por circunstancias relativas al deudor **no parece que sea el cauce adecuado para alegar en la OE** ya que precisan de una interpretación por ejemplo porque aumente o se reduzca su capacidad económica por una herencia, por una situación de desempleo o por contraer matrimonio o convivencia con otra persona.

- LA PRECARIA SITUACIÓN ECONÓMICA no es admitida como causa de OE:

AP Valencia, sec. 10ª, A 27-02-2023, nº 118/2023, rec. 542/2022. AP Valencia, sec. 10ª, A 05-10-2022, nº 511/2022, rec. 1420/2021.AP Zaragoza, sec. 2ª, A 11-01-2023, nº 3/2023, rec. 268/2022 no es admitida como causa de oposición la alegación de falta de medios económicos no siendo este procedimiento, de ejecución el adecuado para declarar una situación de insolvencia del ejecutado que tiene, en su caso, la vía correspondiente. AP Barcelona, sec. 18ª, A 26-10-2022, nº 340/2022, rec. 382/2022.

La AP Sevilla, sec. 2ª, A 16-02-2023, nº 37/2023, rec. 1658/2022:"Así, la alegación de falta de medios no puede nunca ser una razón que lleve a que se declare la inexistencia de la obligación recogida en la sentencia y por ello no puede hacerse valer como motivo de oposición.

De hecho, el ordenamiento español (en el resto de casos sí ha previsto dos remedios para el deudor insolvente; uno es el concurso de acreedores y el otro la existencia de bienes inembargables). En este caso, no son de aplicación porque la deuda es alimenticia y a favor de menores de edad, por lo que solo resta acudir al procedimiento de modificación de medidas para pedir la extinción de la pensión alimenticia. En idéntico sentido Auto dictado en el rec. 1775/21, de 31 de mayo de 2023.

- SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN LA EJECUCIÓN*:*

La STS nº 111/2015 de fecha en fecha 2 de Marzo de 2015 Rc. 735/2014 diferencia cuando procede la fijación de un mínimo vital o bien cuando procede suspender obligación de pago de los alimentos. La citada sentencia parte de la base que lo normal es fijar un mínimo vital y admitir sólo con carácter excepcional, con criterio restrictivo y temporal la suspensión del pago de los alimentos para aquellos supuestos muy concretos en que se acredite sin lugar a dudas que el obligado al pago no dispone de ingresos ni para cubrir sus propias necesidades y que cuenta con la ayuda de terceras personas para subsistir, ya que el padre no podía atender ni a sus propias necesidades, se encontraba en una situación de pobreza absoluta.

En esta línea jurisprudencial se ha venido pronunciando la Sala en sentencias posteriores, como la de 10 de julio de 2015, Rc. 682/2014; 15 de julio de 2015, Rc. 1359/2014 y 2 de diciembre de 2015, Rc. 1738/2014. pero con carácter mayoritario LA POBREZA ABSOLUTA **no se admite como causa de oposición**. AP Granada, sec. 5ª, A 11-05-2021, nº 88/2021, rec. 266/2020: ”Y cuando, como aquí ocurre, en ningún caso puede reconocerse al obligado, en la presente vía ejecutiva, la situación de carencia absoluta de medios que, tan solo para caso de “pobreza absoluta “, cabría admitir como causa de suspensión de la prestación de alimentos (STS de 20 de julio de 2017) **y tan solo en procedimiento de modificación de medidas.”**

AP Málaga, sec. 6ª, A 25-07-2022, nº 317/2022, rec. 17/2022 desestima la suspensión de la ejecución que se solicitaba al amparo del artículo 152.2 del CC y de la jurisprudencia del TS.

AP Toledo, sec. 2ª, A 16-01-2019, nº 11/2019, rec. 372/2018 excluye la “pobreza absoluta “ como causa de oposición en el caso concreto pero apunta a que no se estima por falta de la prueba del carácter excepcional

3. AUDIENCIAS PROVINCIALES, QUE SOSTIENEN CAUSAS TASADAS OPOSICIÓN.

Las AAP de Jaén de 28/10/2016; Guadalajara de 30/11/2007; Granada 15/12/2006; Barcelona 24/2/2020. AP Madrid, sec. 22ª, A 13-09-2021, nº 533/2021, rec. 47/2020*:”El motivo alegado sobre que no procede el pago de la pensión de alimentos que consta fijada en el título objeto de ejecución, por el cambio de circunstancias por haber procedido la hija mayor a abandonar el domicilio familiar no es un motivo recogido en el precepto citado, y por lo tanto no puede ser objeto de resolución en este procedimiento, debiendo en su caso presentarse el correspondiente procedimiento de modificación de medidas acordadas en el procedimiento de divorcio en el que se dictó la sentencia que aquí es objeto de ejecución.*

Constando en el título la obligación del pago de los alimentos en favor de las hijas en común en la cuenta designada por la madre sin que conste limitación alguna en el tiempo o por alcanzar mayorías de edad etc. la obligación persiste, y reconocido el impago de la pensión de alimentos en favor de la hija mayor por el ejecutado, no procede sino confirmar la resolución objeto de este recurso.”

AUDIENCIAS PROVINCIALES, QUE ADMITEN COMO CAUSAS DE OPOSICIÓN A UNA EJECUCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS, OTRAS DISTINTAS A LAS TASADAS.

Razones y criterios para admitir otras causas de oposición a la ejecución:

A) SENTENCIAS QUE ADMITEN PACTOS Y ACUERDOS ALCANZADOS ENTRE LOS PROGENITORES, AUNQUE NO CONSTEN EN DOCUMENTO PÚBLICO.

La Audiencia Provincial de A Coruña, en su Auto nº 32/2020, de 2 de febrero,

"*Es cierto que, como alega la parte ejecutante en su escrito de impugnación, el artículo 556.1 de la LEC solo permite alegar como causa de oposición a la ejecución de títulos judiciales los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución cuando dichos pactos y transacciones consten en documento público, lo que no sucede en este caso, pues, para acreditar el acuerdo alcanzado, se han aportado únicamente las capturas de pantalla de un teléfono móvil. Sin embargo, no faltan pronunciamientos en la jurisprudencia menor que admiten que se invoque como causa de oposición el abuso de derecho o el enriquecimiento injusto, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se pretende ejecutar pensiones de alimentos cuando en realidad la parte ejecutante no ha prestado tales alimentos (por fallecimiento del hijo, por alteración del régimen de custodia, etc.). Por ello, en el presente supuesto, dado que la parte ejecutante no solo no ha impugnado la documental aportada de contrario, sino que con su escrito de impugnación ha aportado, a su vez, una captura de pantalla en la que se recoge el mismo whatsapp de octubre de 2015, en el que Dª Joaquina le decía expresamente al ejecutado que cuando ingresara la manutención de los niños, descontara la cantidad de 84 euros, correspondiente a los 7 días que comieron con él en septiembre, se considera procedente deducir dicha cantidad de la suma total reclamada…*".

La Audiencia Provincial de Zamora, en su Auto de 28 de enero de 2020, al admitir como motivo válido de oposición *el acuerdo transaccional alcanzado entre los excónyuges y recogido en documento privado en virtud del cual, dada la complicada situación económica del progenitor obligado a prestar alimentos y la inminente mayoría de edad de los hijos comunes que comenzaban a trabajar, la progenitora custodia renunciaba a reclamar en nombre de sus hijos los alimentos futuros que se devengasen a partir de la firma del acuerdo.* Así lo ratificaban además los hijos mediante su declaración en la vista.

La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Auto de 22.12.2008:

"*… en el caso que nos ocupa, el motivo alegado para oponerse a la ejecución es la existencia de un pacto entre los progenitores en virtud del cual, se ha venido manteniendo una situación de custodia compartida del hijo común, cuando la sentencia la había atribuido a la madre. Dispone taxativamente el artículo 556.1 en su párrafo segundo de la LEC, que podrán oponerse los pactos y transacciones que se hubieran convenido por las partes para evitar la ejecución, pero "siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público", y en tal sentido no cabría oponer la existencia de un posible pacto no documentado, pero la actividad probatoria llevada a cabo en los autos y que ha llevado a la juez de instancia a considerar que no procedía continuar adelante con la ejecución por la cantidad total reclamada, aunque si por una suma inferior, es el resultado de la exploración judicial al hijo, de 14 años cumplidos, el cual manifiesta que desde hace dos o tres años vive una semana con cada uno, que tiene ropa en las dos casas, que va a comer a casa de quien le toca, que cuando necesita alguna cosa lo pide al padre o a la madre según esté. Ante esta situación real de custodia compartida, mantener la obligación de abono de la pensión podría dar lugar a una situación de enriquecimiento injusto a favor del acreedora y en contra de la persona obligada al pago, situación que resulta contraría al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil al constituir abuso de derecho que no puede merecer amparo ante los tribunales*".

B) POR CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS E INEXISTENCIA DE LA CAUSA QUE MOTIVA LA EJECUCIÓN.

El Auto AP Barcelona, sec. 18ª, A 11-03-2020, nº 122/2020, rec. 771/2019 aborda un supuesto en el que se admite parcialmente la oposición a la ejecución de alimentos por parte del progenitor no custodio basada en un cambio de las circunstancias y el establecimiento de un nuevo régimen de guarda y custodia respecto de uno de los dos hijos:

"*…procede valorar y enjuiciar si el cambio fáctico de guarda determina que la reclamación de las pensiones de alimentos fijadas a cargo del padre en el caso de guarda materna es o no abusivo (…). La demandante ha acreditado que ha seguido abonando parte de los gastos de los hijos menores, como el seguro escolar de una de ellos y gastos médicos que fueron computados para determinar la pensión y el*

padre ha probado que ha asumido el gasto escolar del otro hijo, aunque dicho gasto deriva de una decisión unilateral no compartida con la madre (cuestión que tampoco cabe valorar aquí), pero que ha determinado que la madre no haya tenido que abonar el gasto escolar de dicho hijo (…). El padre ha asumido los gastos de manutención derivados del cambio fáctico de guarda (…). La reclamación de la totalidad de la pensión de alimentos es abusiva en tanto ha quedado probado que la madre no ha tenido que cubrir determinados gastos de los hijos (escolares de uno de ellos y de manutención en estricto sensu), pero en la medida en que ha cubierto gastos esenciales como los escolares del otro hijo y médicos, no puede calificarse de abusiva en su totalidad."

AP Pontevedra, sec. 3ª, A 15-11-2018, nº 172/2018, rec. 231/2018, contempla la posibilidad de admitir en trámite de ejecución la alteración de las circunstancias que derivan en la extinción de la obligación de prestar alimentos:

"Si bien de principio la extinción de la obligación de pago de la pensión alimenticia requiere pronunciamiento en procedimiento de modificación de medidas (art.775 LEC), la doctrina jurisprudencial acepta supuestos excepcionales, de patente concurrencia de abuso de derecho o enriquecimiento (arts.7.2. CC y 11.2 LOPJ), en que se permite el análisis y pronunciamiento en ejecución sobre la alteración sustancial extintiva de la obligación conforme al art. 152 CC, como cuando se reclama pensión compensatoria por cónyuge que formalizó segundas nupcias, o cuando resulta firmemente acreditada la muerte o independencia económica del hijo alimentista - AP Barcelona (Secc. 12ª), 31.1.2013, AP Madrid (22ª) 18.1.2013 y AP Zaragoza (2ª) 27.9.2016, ponderadas en auto de esta Sección dictado el 15.2.2017."

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), Auto de 24.07.2014: No estima la reclamación de la custodia según el titulo por indudable abuso de derecho, no habiendo residido el hijo con la madre durante los meses cuyo pago alimenticio reclama, sino que lo ha hecho con el padre, de manera que aquel se hizo cargo de las necesidades alimenticias del referido hijo durante los meses referidos que se reclaman,

"El ejecutado al oponerse y ahora en su recurso alega que el hijo común, destinatario de los alimentos, pasó a convivir con él desde que se inició el procedimiento hipotecario en 2008, lo que no es negado por la Sra. Esmeralda que aduce que en su caso, el Sr. Valeriano debía haber presentado un procedimiento de modificación de efectos de sentencia, cosa que no hizo. Es pacífico criterio de las diferentes Audiencias Provinciales, que no habiendo residido el hijo con la madre durante los meses cuyo pago alimenticio reclama, sino que lo ha hecho con el padre, de manera que aquel se hizo cargo de las necesidades alimenticias del referido hijo durante los meses referidos que se reclaman, no procede estimar la reclamación que aquella efectúa, con indudable abuso de derecho, pues ello motivaría una situación de enriquecimiento injusto a favor de la acreedora y en contra de la persona obligada al pago, situación que resulta contraría al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil al constituir abuso de derecho que no puede merecer amparo ante los tribunales."

AP Cádiz, sec. 5ª, A 23-07-2021, nº 196/2021, rec. 592/2021.

"Por lo que efectivamente estimamos que la pretensión ejercitada por la madre de reclamación de las pensiones alimenticias en el periodo de ampliación de la ejecución constituye un enriquecimiento injusto, porque la hija, ya mayor de edad, que no había continuado los estudios, se había incorporado al mercado laboral, concurriendo causa de extinción de la pensión de alimentos, aun cuando no se interpusiera hasta más tarde la demanda de modificación de medidas, pero dada dicha incorporación laboral de la hija al mercado laboral y que la misma no continuó sus estudios, no procede la reclamación de las pensiones alimenticias correspondientes al período de ampliación de la ejecución, debiendo ser acogido este motivo de recurso, ya que la reclamación entraña un abuso de derecho y un enriquecimiento injusto, que pueden ser alegados y apreciados en ejecución. En este sentido, como se recoge en el Auto de esta Sala 131/2018, de 1 de junio de 2018, reiterando doctrina, "no se puede ser ajeno a la posibilidad torticera del uso de la ejecución con ánimo de enriquecimiento injusto o de manifiesto abuso de derecho, cuando concurre una causa de extinción de la pensión alimenticia y pese a ello se pretenden reclamar cantidades que ya no precisa el alimentista, lo que ha de ser examinado con la máxima prudencia pues

el termino necesidad (a salvo que la causa de su cese sea la muerte del alimentista) es relativo y obliga a tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes; más en el supuesto de que fuera constatada la falta de necesidad en el alimentista su apreciación lo único que podría dar lugar es a que no pudiera seguirse la ejecución para el cobro de cantidades que se consideraran constituyen un manifiesto abuso de derecho más sin llegar a tener por extinguida una obligación, función solo encomendada por la Lec a la resolución que se dicte en el proceso de modificación".

Y en el Auto 3/2005, de 21 de enero, en un caso muy similar, ya se pronunciaba esta Sala en el Auto 3/2005, de 21 de enero, argumentando: "Ciertamente, el apelado reconoce de manera rotunda que no ingresó las cantidades cuya ejecución se pretende mas no podemos decir por ello que dejara de cumplir con la obligación alimenticia pues a tenor del artículo 149 del Código Civil el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección satisfacerlos, o pagando la pensión, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos, como, efectivamente, se ha acreditado que ocurrió. Aunque el carácter semipúblico del derecho de familia impide reconocer tal derecho de forma general, tanto más cuanto hay una resolución judicial que lo contradice y la propia ley lo refrenda en el párrafo segundo del precepto legal comentado, hay que tener en cuenta el principio del interés del menor que late en el propio Código Civil y se reconoce expresamente en la Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de Enero, de modo que cuando es el propio menor el que no desea estar bajo la guardia y custodia de la madre, a quien le viene atribuida por la resolución judicial, sino que su voluntad es convivir con el padre y realmente lo hace así, se crea una situación de hecho que, aun contradiciendo la resolución judicial, debe ser respetada en interés del propio menor, por lo que en tal caso debe quedar inoperante la resolución judicial que impone al padre el pago y atribuye a la madre la administración de los alimentos de dicho hijo, pues entender otra cosa supondría un enriquecimiento injusto para el cónyuge que, de hecho, no tiene la guardia y custodia, de modo que carece de objeto percibir una suma por alimentos que en realidad están corriendo a cargo de otro, siendo este principio sancionado en diversas Sentencias de las Audiencias Provinciales, como son las de fecha 22 de enero de 2.004 de Sevilla, 19 de noviembre de 2.002 de Granada o la de 10 de junio de 2.002 de Girona, entre otras muchas."

Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), Auto de 15.03.2006:" E*s conocida y reconocida la insuficiencia de la LEC para regular la ejecución de los procesos de Derecho de familia, del que el presente caso es un ejemplo más, pues la excepción opuesta (haber alcanzado la alimentista una mejora en sus condiciones de vida que hace innecesaria la prestación) no se contempla como causa específica de oposición en los arts. 556, 558 y 559 LEC. Sin embargo, la jurisprudencia menor ha admitido, en los procesos familiares, la oposición basada en la ineficacia del título, ya sea al amparo del art. 559.1, 3º LEC (por nulidad del título, AP Cuenca 30 de abril de 2003), ya al amparo del art. 556.1 (por "pago" o "cumplimiento" de la obligación), ya con base en la pluspetición (AP Albacete, Sec. 1ª, 27 de diciembre de 2002).*

AP Cuenca 30 de abril de 2003 y SAP de Barcelona, Sec. 18ª 28 de marzo de 2002) Nulidad parcial del título (art. 559.1, 3º LEC), por enriquecimiento injusto si se abonan alimentos cuando el menor ha sido acogido en casa del ejecutado.

AP Álava, sec. 1ª, A 03-05-2018, nº 51/2018, rec. 92/2018:Admite la pluspetición en ejecución de pronunciamientos económicos de sentencias matrimoniales se admite dicho motivo sobre la base de que no cabe "tolerar un abuso de derecho, un enriquecimiento torticero incompatible con el mandato del artículo 11.2 LOPJ:

"C*omo sostiene el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de febrero de 2018, y compartimos:*

No cabe duda de que existe jurisprudencia menor contradictoria sobre la admisión o no como causa de oposición a la ejecución de títulos judiciales de la pluspetición prevista en el art. 558 de la LEC. Es cierto que el artículo 556 LEC no contempla la pluspetición como motivo de oposición previsto en la ejecución de títulos judiciales y por ello atendiendo el carácter tasado de dichos motivos podría concluirse que la alegación de aquél resulta inadmisible. Sin embargo, se ha de tener en cuenta también que tratándose, como es el caso, de ejecución de pronunciamientos económicos de sentencias matrimoniales

se admite dicho motivo sobre la base de que no cabe "tolerar un abuso de derecho, un enriquecimiento torticero incompatible con el mandato del artículo 11.2 LOPJ, de superior rango inclusive a las disposiciones sobre oposición a la ejecución contenidas en la LEC. Debemos partir de que nos hallamos ante un proceso de ejecución de título judicial, el cual delimita aquello que puede ser objeto de petición e impide que la pretensión pueda extenderse al cumplimiento de una obligación no reconocida en el título ejecutivo o en condiciones distintas a las previstas en él".

AP Salamanca, sec. 1ª, A 19-01-2023, nº 5/2023, rec. 444/2022

Como se ha señalado reiteradamente por esta Audiencia, el cauce procedimental adecuado para la alteración de las medidas definitivas de los procesos matrimoniales, es el contenido en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien ello es así, este Tribunal ya ha indicado en diversas resoluciones dictadas con ocasión de determinados recursos de apelación, que es factible en los procesos de ejecución de títulos judiciales, aducir el instituto del abuso de derecho, no obstante existir causas tasadas de oposición al despacho de la vía ejecutiva, y como forma de evitar la continuación del proceso de ejecución. Piénsese en el caso de reclamación de pensiones compensatorias por cónyuge que ha contraído matrimonio con tercera persona, o de reclamación de alimentos por periodos posteriores al fallecimiento del alimentista o el acceso a la mayoría de edad de los hijos con independencia económica. *En tales supuestos no es en el proceso de ejecución en donde debe efectuarse especial declaración de la extinción de tales prestaciones económicas, pues habrá de acudirse para ello al proceso de modificación de medidas, en que por sentencia se alteren los pronunciamientos del proceso principal. No obstante tal consideración jurisdiccional sí que pueden ser rechazadas las pretensiones ejecutivas si concurre abuso de derecho al que alude el artículo 7.2 del Código Civil, y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.*

Sentado lo anterior, debe partirse del principio general del derecho de la parte ejecutante a que se cumplan las resoluciones judiciales en sus estrictos términos, si bien podrá oponerse el instituto del abuso de derecho si la parte ejecutada acredita cumplidamente que concurre una causa objetiva de extinción de la pensión que se reclama, y que de mantenerse la ejecución supondría un claro abuso de derecho. Esto es, aunque el proceso de ejecución no es el trámite adecuado para hacer declaraciones extintivas de derechos, y para ello deberá acudirse al proceso de modificación de medidas, lo que sí procede es suspender la eficacia de dichos derechos cuando se ejercitan de forma abusiva. Pero para ello deberá acreditarse de forma plena la causa de extinción, y en tanto no se declare extinguida la prestación en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas la parte ejecutante tiene la presunción a su favor de legitimidad."

AP Cádiz, sec. 5ª, A 15-02-2023, nº 37/2023, rec. 1780/2022

No obstante, no ha de rechazarse la flexibilidad oportuna a la consideración, en sede de oposición a ejecución, de hechos o circunstancias -al margen otras mero formales-, que moviéndose dentro del ámbito de la pretensión ejecutiva, comportan simplemente una limitación cuantitativa mayor o menor a la misma, más allá por tanto de la acreditación del pago o cumplimiento, como viene siendo, en unos casos, la simple pluspetición -cuando sea tal y no derivada de mero pago parcial- o la consideración a la retroactividad del art. 148 Cc, en otros. Considerándose también, en el mismo sentido, el posible abuso de derecho que, en modo alguno, puede ser amparado por los tribunales. Así, por ejemplo, ante una reclamación de pensión compensatoria, si se acreditara que el ejecutante ha contraído nuevo matrimonio, se puede denegar el despacho de ejecución por dicho abuso, pero no así la v,gr, extinción de dicha medida, que deberá ser solicitada en el correspondiente expediente de modificación de medidas (Sentencias de AP Barcelona de 9 de junio de 2009; de AP Madrid de 12 de febrero de 2009.

AP Madrid, sec. 31ª, A 29-09-2022, nº 191/2022, rec. 708/2022

El Proceso de ejecución tiene un ámbito cognitivo limitado y las causas de oposición son tasadas, entre las que no se encuentra el abuso del derecho. No obstante los órganos jurisdiccionales admiten

su aplicación cuando su concurrencia es patente, lo cual no sucede en el caso enjuiciado, ya que no hay una extralimitación en el ejercicio del derecho por la actora, ni ausencia de interés legítimo por esta y tampoco voluntad de perjudicar al ejecutado.

4. COMPENSACIÓN DE DEUDA ALIMENTICIA. COMPENSACIÓN DE PENSIÓN COMPENSATORIA.

1. REGLA GENERAL

La compensación únicamente se contempla como causa de oposición en la ejecución de títulos extrajudiciales (artículo 557.1-2ª de la LEC) pero no la contempla el artículo 556 en la ejecución de títulos judiciales. Así pues, como regla general en ejecución de sentencia y en relación a las pensiones de alimentos y otras obligaciones de naturaleza pecuniaria no cabe que el alimentante o deudor alegue la compensación.

Su justificación se basa en los artículos 151,1195, 1196 y 1200 del CC y artículo 556.1 LEC en cuanto que las causas de oposición son tasadas.

El artículo 151 párrafo 1º del CC es un derecho aun no nacido que es indisponible, inembargable, inherente a la persona, y eso lleva a que el artículo 1814 del Código Civil prohíba la transacción sobre alimentos futuros.

El párrafo 2º del artículo 151 hace referencia a la deuda alimenticia ya devengada como consecuencia del ejercicio del derecho de alimentos, se refiere a las pensiones vencidas que constituyen un crédito que cuando no se cumple se transforma en una obligación pecuniaria, en un crédito disponible en el patrimonio del alimentista quien puede renunciarlo, transigirlo o reclamarlo y por tanto quien solo puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas o el derecho a reclamarlas es quien también puede oponerlas en compensación, por lo tanto no puede oponer la compensación el deudor de alimentos puesto que bastaría con retrasar el pago para luego negarlo oponiendo la compensación, por tanto aunque sean recíprocamente acreedores o deudores la obligación de alimentos ha de cumplirse y solo el alimentista puede oponer compensación pero no el alimentante deudor. Por tanto es claro que los alimentos no pueden compensarse con otras deudas de diferente naturaleza conforme señala la ley (art. 151 CC)con lo que el alimentista deba al alimentante. Por eso no cabe compensación de pensión de alimentos con pensión compensatoria AP Zaragoza, sec. 2ª, A 15-03-2023, nº 45/2023, rec. 419/2022

Y porque reclamándose alimentos, no concurre en ejecutante y ejecutado la doble condición de deudores y acreedores recíprocos que exigen los artículos 1195 y 1196 de la LEC para que pueda operar la compensación, ya que los acreedores de las pensiones son los hijos, no los progenitores. Como declara la sentencia Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 23-09-2015, nº 529/2015, rec. 1420/2014 "*Se alega como indebida la compensación que se efectúa en la sentencia recurrida de los alimentos a los menores con los gastos de viaje del padre. Del simple tenor del art. 151 en relación con el art. 1200. 2, ambos del C. Civil, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los ex- cónyuges* ".

Criterio seguido por la AP Sevilla AP Sevilla, sec. 2ª, A 20-10-2021, nº 336/2021, rec. 10371/2019: "*Tampoco puede estimarse el recurso respecto de la alegación de compensación de deudas por cuanto que como hemos declarado en otras ocasiones se trata de deudas no compensables de conformidad con los dispuesto en el artículo 151 del Código Civil ya que. como establece el art. 1.195 del Código Civil, la compensación tiene lugar cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra y en el presente caso se trata de una deuda derivada de la liquidación de la sociedad de gananciales y en la deuda alimenticia el acreedor al ser el impago de los alimentos son los alimentistas. En este sentido declara la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015 que "del simple tenor del art. 151 en relación con el art. 1200. 2, ambos del C. Civil, queda clara la imposibilidad de compensar los alimentos, pues una es la deuda del padre con el hijo y otra diferente es la existente entre los ex- cónyuges*"

DEUDA ALIMENTICIA. SUPUESTOS CONTROVERTIDOS:

A. COMPENSACIÓN EN DOCUMENTO PÚBLICO.

B. COMPENSACIÓN POR GASTOS EXTRAORDINARIOS.

C. POR ECONOMÍA PROCESAL.

D. DESCUENTO POR ABUSO DE DERECHO.

A. COMPENSACIÓN EN DOCUMENTO PÚBLICO

No es compensación estrictamente sino causa de oposición del artículo 556.1 LEC.

En realidad la cantidad adeudada por la ejecutante al ejecutado y que han acordado compensar no se trataría de una compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva tal como exige el artículo 557 sino del pacto documentado públicamente del artículo 556.1 de la LEC. Se trataría de la compensación voluntaria, que es la que las partes admiten con carácter de transacciones cuando falta alguno de los requisitos del artículo 1196 del Código Civil. La compensación debe resultar de un "*documento que tenga fuerza ejecutiva*".

B. COMPENSACIÓN POR GASTOS EXTRAORDINARIOS.

Siguiendo la opinión generalizada de que en la oposición a la ejecución por deuda alimenticia devengada y liquida por gastos extraordinarios no cabe la compensación alegada por el ejecutado por gastos extraordinarios que hayan sido abonados por él pero sin determinar por el artículo 776 LEC por cuanto que no existe ninguna obligación determinada, sí cabe en los gastos determinados por el artículo 776.4º de la LEC y ello dado que la compensación exige el análisis de un título distinto de la propia ejecutoria, sin conexión objetiva con ella, y un pronunciamiento implícito del Tribunal acerca de la liquidez y ejecutividad de aquel otro título, y el TS entiende que la compensación es un modo de extinguir las obligaciones en la cantidad concurrente y la asimila al pago por lo menos en los casos de la compensación legal cuando concurren los requisitos del artículo 1196 del CC que se basaría en un crédito recogido en un título ejecutivo posterior (a través del procedimiento del 776.4º).

Si entre pensiones alimenticias recíprocas. El Auto nº 188/2019, rec. 163/2019) Audiencia Provincial de Tarragona de 26 de septiembre de 2019 establece que en materia de familia es posible, en vía de ejecución de sentencia, oponer la compensación de deudas que derivan del mismo título judicial que se ejecuta, al ser un modo de extinción de las obligaciones, como el pago como es el caso de que se adeuden por ambos progenitores recíprocamente cuando se imponen los gastos escolares, extraescolares y extraordinarios se dividirán por mitad apelando a la resolución de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 26 de Febrero de 2010 cuando se adeudan recíprocamente gastos extraordinarios.

C. POR ECONOMIA PROCESAL

La compensación como causa de oposición a la ejecución de título judicial por deuda alimenticia en materia de familia por economía procesal como la compensación de las cantidades adeudadas por el ejecutado con las adeudadas asimismo por el ejecutante en momentos anteriores, todas ellas en concepto de alimentos de los hijos y a consecuencia o derivados del procedimientos sucesivos (medidas urgentes, provisionales y divorcio) y que consistían en la fijación de una pensión alimenticia a abonar por el padre, hasta el dictado de la sentencia que establecía otra cantidad pero a abonar por la madre como resuelve la AP Cádiz. El razonamiento que ofrece la Audiencia Provincial de Cádiz la AP Cádiz, sec. 5ª, A 25-01-2017, nº 14/2017, rec. 854/2016) :

"Únicamente podría plantearse la posibilidad de aplicar en una oposición a la ejecución de un título judicial, la compensación que pudiera resultar del propio título que reconociese créditos y deudas recíprocos entre las partes, y en la que habría una conexión, sino, objetiva, sí al menos procesal. En el

presente supuesto es de tener en cuenta que la deuda responde a un mismo concepto, alimentos de los hijos, que dimana de un mismo procedimiento, el divorcio 2/15 así como las medidas urgentes previas, que la modificación de deudores surge del propio procedimiento en el que se cambian los mismos a tenor del devenir del procedimiento, siendo los acreedores los mismos (los hijos) y cambiando únicamente quien debe recibir los citados alimentos en nombre de estos, por lo cual no se desvirtúa el procedimiento en el supuesto de compensación, pues se trata de una misma deuda, la alimenticia, y sus alteraciones son debidas al mero trascurso del tiempo, por lo cual debe mantenerse la resolución recurrida, aplicando la referida excepción..."

Así se evita que con la ejecución se produzca una situación injusta (que no tiene que ser de enriquecimiento injusto o abuso de derecho) y/o evitar del mismo modo que para la ejecución en familia de los gastos de hipoteca para los que existen grandes defensores, en virtud del principio de economía procesal evitar gastos innecesarios y tener que acudir a un declarativo porque en ejecución el que paga de mas no tiene título o para dar mayor flexibilidad en los procesos ejecutivos del derecho de familia.

De admitirse no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva pues en todo caso siempre se somete a debate y contradicción la posible oposición.

D. COMPENSACIÓN O DESCUENTO POR ABUSO DE DERECHO.

1. Compensación o con mejor descuento de cantidades abonadas por la TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO como causa de oposición a la ejecución de título judicial en casos controvertidos como:

Cuando el ejecutado haya hecho frente directamente a gastos que deban ser incluidos en los alimentos ordinarios que en principio fueran a cargo del otro progenitor como, por ejemplo, cuando se adquiere ropa, o se pagan gastos, aun necesarios, de los menores o si se ha negado al pago la parte ejecutante como por ejemplo la mensualidad del colegio o al seguro médico computado en la pensión de alimentos.

No siendo admisible la compensación en supuestos concretos nos encontramos con una situación en la que la pasividad del acreedor en la administración del patrimonio del alimentista genera un daño al deudor que puede verse en la tesitura de afrontar gastos incluidos en la pensión alimenticia por lo que no puede hablarse de compensación pero sí de descuento en base a la teoría del abuso del derecho.

La justificación de la admisión de esta posibilidad se centra que en realidad muchas de las argumentaciones realizadas por las Audiencias que se oponen a admitir la compensación se realiza con base en que las alegaciones o acciones que, al respecto, se crea asistido el ejecutado no derivarían de la sentencia que constituye el título en que se apoya la ejecución articulada de contrario. Esto resulta ciertamente desorbitado en tanto que si ha realizado un pago en exceso o se ha pagado algo que corresponde al ejecutante en relación al ámbito económico de los excónyuges, ¿realmente se puede decir que no derivan de la sentencia que constituye el título en que se apoya la ejecución formulada de contrario ?.

2. Por causa de extinción parcial del derecho por convivencia parcial del hijo con el deudor y este descuenta (no compensa) gastos durante convivencia con él AP, Civil sección 18 AP Barcelona, sec. 18ª, A 31-05-2019, nº 253/2019, rec. 1206/2018

Nos encontramos con una causa de extinción parcial del derecho, cual es la convivencia parcial del hijo acreedor de la pensión con el deudor de la misma, durante cinco meses del curso 2014/2015, estándose por tanto ante una reclamación injusta amparada por un derecho aparente, extinguido en realidad de forma parcial desde el día que el hijo pasó a convivir con el padre dichas mensualidades. Lo contrario, es decir, estimar que por la resolución que establecía la obligación pervive hasta que no se modifique, en este caso concreto supondría también amparar un enriquecimiento injusto que la ley no puede obviar.

4. COMPENSACIÓN DE PENSIÓN COMPENSATORIA.

APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE EVITACIÓN DE DUPLICIDAD EN LOS PAGOS POR PARTE DEL EJECUTADO Y UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO PARA EL EJECUTANTE.

Cuestión distinta a la pensión de alimentos es la pensión compensatoria, cuya naturaleza jurídica es privada y aun no siendo un criterio unánime, de concurrir todos los requisitos que establece el art. 1196 del Código Civil, parece factible alegar la compensación de deudas como causa de oposición a la ejecución en reclamación de impago de una pensión compensatoria, aplicando los criterios de evitación de duplicidad en los pagos por parte del ejecutado y un enriquecimiento injusto para el ejecutante.

Así pues existen resoluciones que se oponen a la compensación y sostienen que no ha sido un olvido del legislador, sino una opción conscientemente asumida, AP Jaén, sec. 1ª, A 26-10-2022, nº 408/2022, rec. 1670/2022; AP Málaga, sec. 6ª, A 10-10-2022, nº 388/2022, rec. 1118/2022,si bien esta última incluso cuando deniega la compensación entre pensión compensatoria y gastos extraordinarios es por cuanto que " *pero es que, además, esos gastos que en otro procedimiento de ejecución insta el ejecutado aquí apelante, que él mismo califica de gastos extraordinarios, deben previamente ser calificados como tales, caso de no estar consensuados*

Pero la mayor parte de las Audiencias la admiten asimilándola al pago si se dan todos los requisitos que establecen los artículos 1195 y 1196 del Código Civil, es decir, que cada uno de los obligados lo sea recíprocamente del otro, que se trata de una cantidad de dinero o fungible de la misma especie y calidad y que sea un crédito vencido, líquido y exigible sí cabría alegar la compensación de deudas como causa de oposición a la ejecución en reclamación de impagos de pensión compensatoria, pronunciándose en este sentido la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) en sentencia 113/2010 de 20 de julio. AAP Barcelona, sección 12ª, de 30 de abril de 2018. AAP Sevilla, sec. 2ª, a 13-12-2016, nº 256/2016, rec. 4236/2016.

Si asimilamos como hace el TS la compensación al pago por lo menos en los casos de compensación legal con los requisitos del artículo 1196 del CC, tenemos que considerar que el pago es un hecho extintivo de la obligación declarada en el titulo ejecutivo y la compensación por el contrario tiene su base en una obligación distinta al título ejecutivo. Sin embargo las Audiencias cuando lo admiten exigen que las obligaciones deriven del mismo título ejecutivo esto es por ejemplo compensatoria con hipoteca cuyo pago se impone en el titulo o pago de suministros que se imponen en el titulo o gastos de la vivienda.

Resoluciones que admiten la compensación por ejemplo con la hipoteca, gastos de la casa de IBI, Seguros, hogar y vida, CCPP que se hubieran repartido en sentencia o cuando la pensión compensatoria se ha extinguido.

AP Castellón, sec. 2ª, A 05-06-2015, nº 52/2015, rec. 84/2015 y AP Valencia Sec. 10ª, A 28-06-2021, nº 262/2021, rec. 1236/2020, pensión compensatoria con hipoteca de la vivienda familiar. Sin embargo la misma Sección 10ª, en A 10/1/2022 recurso 651/2021 dice que no a una compensación entre pensión compensatoria con hipoteca pero no por falta de prueba del pago de la hipoteca como se hace en el auto de 18/9/2019 del recurso 132/2019 sino con un pronunciamiento categórico sobre que la compensación no está contemplada como causa de oposición. AP Valencia, sec. 10ª, A 25-06-2018, nº 388/2018, rec. 203/2018 admite la compensación de la pensión compensatoria con los gastos de suministros de la vivienda mientras la usaba la ocupante cuyo pago se imponía en el título.

Algunos casos lo niegan AP Sección 24 de Madrid auto de 11/04/2008.

LA AP Huelva, sec. 2ª, A 11-01-2023, nº 3/2023, rec. 399/2022: no puede ser compensado por lo abonado por el ejecutado por deudas comunes, dado esos pagos no constan en documento del que pueda apreciarse que tienen fuerza ejecutiva:

"La Sala se ha pronunciado en un supuesto parecido sobre reclamación de pensión compensatoria, en la que se aplicó la compensación, si bien y como veremos no procede acordarla en cualquier caso, sino que deben cumplirse determinados requisitos como razonábamos en nuestro auto de 19/12/2019 (ROJ AAP H 720/2019), que con cita de otro anterior expresaba al respecto del particular antes expresado que " Dicho ello, en lo que respecta a la posibilidad de oponer la compensación en el marco -como es el caso- de ejecución de título judicial (pues, como se ha expuesto, se está ejecutando medida decretada en Sentencia, al aprobarse el convenio regulador en que aquella se acordó), ya este Tribunal ha declarado que "es equivocado el razonamiento según el cual únicamente puede oponerse en la ejecución de un título judicial un pacto o transacción que conste además en documento público o con igual eficacia ejecutiva sino que, tal como razona la recurrente, puede oponerse compensación ya que no es sino una manera de pago abreviado, y éste el pago- es la causa de oposición natural o primaria ex artículo 556.1 de la LECivil); ese pago abreviado ha de operar en general casi de modo automático en la cantidad concurrente, y con más razón aun cuando el tipo de crédito o de deuda que deben compensarse entre sí son idénticos, ya que se han generado en liquidación de costas procesales en diferentes litigios sostenidos entre los mismos implicados en esta causa que, en definitiva, han devenido acreedores y deudores el uno del otro por igual concepto aunque por diferente medida" (sic. Auto de fecha 19 de Octubre de 2018, nº 363).

Pero, como de ese propio Auto precedentemente glosado se infiere, en sede de ejecución de título judicial y a crédito -como el que aquí ejecutivamente se persigue- reconocido en título con tal fuerza ejecutiva, sólo cabe oponer crédito con igual entidad cualitativa (es decir, que resulte de título con la misma fuerza ejecutiva), pues sólo así ostentará calidad de directa e inmediatamente exigible (requisito ineludible para que sea factible la compensación legal ex. art. 1.196 nº 4 del Código Civil), como de otro lado expresa y legalmente se requiere para que pueda prosperar alegato de compensación opuesto a ejecución de título no judicial (art. 557 nº 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". En parecidos términos se expresan otras Audiencias Provinciales pudiendo citar el AAP de Valencia (10ª) de 04/05/2022 (ROJ AAP V 458/2022) y AAP de Zaragoza (2ª) de 21/12/2012 (ROJ AAP Z 1685/2021).

Pues bien, a la vista de los antecedentes expresados y de lo mantenido por esta Sala en resoluciones anteriores, procede estimar el recurso interpuesto, por cuanto que la parte ejecutada ha admitido que no ha abonado la pensión compensatoria que se reclama contenida en sentencia firme, considerando la Sala que el devengo reclamado por dicha pensión no puede ser compensado por lo abonado por el sr. Adolfo por deudas comunes, dado esos pagos no constan en documento del que pueda apreciarse que tienen fuerza ejecutiva; solamente se aportan extractos bancarios y recibos de IBI-TRSU, de los que ni siquiera consta que hayan sido abonados con dinero privativo, lo que hace que, como se ha dicho, no puedan compensarse con la deuda que se reclama, sin perjuicio de lo que pueda acordarse sobre pago de deudas comunes en el procedimiento de liquidación ganancial que pueda llevase a cabo entre los que ahora son parte de esta ejecución.

Todas las causas de oposición previstas en el artículo 556 LEC se basan en hechos acaecidos después de la creación del título ejecutivo por tanto el problema de la compensación debería limitarse a la compensación con base en un crédito nacido con posterioridad a la creación del título ejecutivo, nunca podría invocar el ejecutado una compensación con base en un crédito anterior al que pudo hacer valer en un proceso de declaración. Esto es así cuando se aplica en supuestos de compensación del exceso pagado si la pensión compensatoria se extingue, AP Sección 24 de Madrid auto de 9 de marzo de 2007 si bien otras veces lo niega AP Sección 24 de Madrid auto de 15/9/2011.

5. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO.

Caducidad de la acción ejecutiva y prescripción del derecho de crédito:

En relación a la caducidad de la acción ejecutiva, excepción opuesta por el ejecutado según lo dispuesto en el **art. 518 LEC** dicho precepto legal dispone: *"la acción ejecutiva fundada en sentencia,*

en resolución del tribunal o del Letrado de la Administración de Justicia que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación, caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución".

En relación a la prescripción *el **artículo 1966 del CC** establece: Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:*

1.ª La de pagar pensiones alimenticias.

En caso de resoluciones judiciales que contienen un pronunciamiento de condena al pago de prestaciones periódicas, (alimentos o pensión compensatoria) como es el caso, el día inicial de cómputo de dicho plazo, pese a los términos literales del precepto, viene determinado por la fecha del incumplimiento de cada prestación, que es cuando se origina el nacimiento del derecho, ya que la eficacia de la ejecutoria dependería de que se haya incumplido alguna de las prestaciones establecidas.

En relación a esta cuestión, la STS de 14 de noviembre de 2018, entre otras, ha establecido que: *"la acción ejecutiva por impago de pensiones alimenticias ha de considerarse sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 518 de la LEC, cuyo inicio arranca desde la fecha de exigibilidad de cada una de las pensiones y no desde la fecha de la sentencia, lo que responde a que el pronunciamiento de la sentencia constituye una condena de futuro por obligaciones periódicas, con arreglo a lo establecido en el art. 220 de la LEC, de suerte que no se trata de un plazo de prescripción susceptible de interrupción, como sostiene la apelante; y en ello mismo abunda la sentencia 607/2020, de 13 de noviembre, en la que se dice que a partir de la firmeza de una sentencia se produce la posible concurrencia de un plazo de prescripción y otro de caducidad de cinco años, de manera que la acción ejecutiva basada en el título judicial, inequívocamente, está sujeta a plazo de caducidad y no de prescripción, dado que, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987, los alimentos impagados ya vencidos, con arreglo al art. 151.2º del Código Civil, se han de considerar como un crédito disponible en el patrimonio del alimentista, quien puede renunciarlos, transigirlos o reclamarlos; por lo que sólo son reclamables con la demanda ejecutiva las pensiones impagadas en los cinco años anteriores a la misma, por lo que ha de considerarse bien apreciada en el auto apelado la caducidad concerniente a pensiones devengadas entre 2009 y 2013, habida cuenta que, tratándose de una condena de futuro que impone el pago de prestaciones periódicas, no puede considerarse que todas ellas se encuentren amparadas por una sola acción ejecutiva, porque la obligación que incorpora la sentencia no es de cumplimiento único aunque susceptible de exigirse en plazos, sino de cumplimiento sucesivo, por lo que, establecida la obligación por mensualidades, cada una de ellas está sujeta a un vencimiento único y a su respectivo plazo de caducidad de la acción ejecutiva, y ello sin perjuicio de que, como se desprende del art. 576 de la LEC, la especialidad que entraña la sentencia que establece medidas en materia de familia, tanto de índole pecuniaria como no pecuniaria, imponga una perspectiva procesal unitaria que requiera de una interpretación finalista y atenta siempre al superior interés del menor en la articulación procesal de dichas acciones".*

El plazo de prescripción de las pensiones de alimentos y compensatorias es de 5 años según el artículo 1966 1º del CC:

AP A Coruña, sec. 4ª, A 26-12-2005, nº 148/2005, rec. 10117/2005 *"El estado de la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales en torno a la prescripción de las pensiones alimenticia y compensatoria y del derecho a pedir que sean actualizadas, es el siguiente: La postura mayoritaria entiende, igual que hace la sentencia recurrida, que es aplicable el plazo de prescripción de cinco años, del art. 1966 CC...*

AP Asturias, sec. 4ª, A 21-12-2022, nº 148/2022, rec. 488/2022:*"en la inexigibilidad de la deuda por retraso desleal en el ejercicio de la acción y por mala fe y abuso del derecho. Pues bien, en relación con el retraso desleal en el ejercicio de la acción, la regla general es que el interesado puede ejercitarla*

hasta el último día hábil del plazo de prescripción. No puede afirmarse que exista ejercicio desleal del derecho por el mero transcurso del tiempo y sin que previamente existan hechos o circunstancias que engendren en el obligado la creencia fundada de que los derechos no serían ejercitados, de modo que el ejercicio retrasado comporte para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (vid. en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2019 -nº 243-)"

Las pensiones prescritas en vía civil no se pueden reclamar como responsabilidad civil derivada del delito. Según la ST nº 364/2021, de 29 de abril de 2021 dictada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según dicha Sentencia dice que las pensiones no satisfechas recogidas en el delito del artículo 227 del Código Penal son obligaciones civiles no nacidas del delito, y a pesar de ello, se pueden reclamar en el proceso penal, pero al ser su pago una obligación nacida de la ley, no se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya originado un proceso penal.

La interrupción de la prescripción del derecho de reclamación de alimentos:

- En el caso de la Ley 5/2012 de 6 de julio desde el inicio de la mediación se suspende el plazo.
- Por denuncia penal

AP Valencia, sec. 10ª, A 30-01-2018, nº 54/2018, rec. 1143/2017:

"Alega en primer lugar el demandado que las pensiones devengadas desde octubre de 2.007 a septiembre de 2.011 están prescritas. Consta en efecto que la demanda ejecutiva se formalizó en octubre de 2.016, por lo que de conformidad con el artículo 1.966-1º del Código Civil, la pretensión del demandado estaría justificada. Pero la actora alega que la denuncia formulada por ella contra el apelante por un delito de impago de pensiones ha interrumpido la prescripción. Con la lectura de las actuaciones se comprueba que en efecto, la demandante presentó denuncia el día 22 de octubre de 2.008, y este proceso penal desembocó en la sentencia absolutoria de 12 de julio de 2.011 (folio 29), aunque la demandante dice que recayó otra sentencia en apelación, también absolutoria, el día 16 de diciembre de 2.011. Sin embargo, la demandante no ha acreditado este último hecho, pues no ha presentado la sentencia que anunciaba en su escrito de oposición a la apelación. En consecuencia, procede apreciar la interrupción de la prescripción, de acuerdo con el artículo 1.973 del Código Civil, en relación a las pensiones devengadas antes del proceso penal, de modo que la prescripción comenzará a correr desde el día 12 de julio de 2.011, fecha probada de finalización del procedimiento penal. Ello implica asimismo la prescripción de las pensiones devengadas desde julio a septiembre de 2.011, pues la demanda ejecutiva se interpuso como se ha dicho en el mes de octubre de 2.016.

AP Barcelona, sec. 12ª, A 02-02-2023, nº 42/2023, rec. 84/2022

No se comparte la fundamentación que contiene la resolución recurrida en relación a que no haya sido estimada la interrupción de la prescripción de las cantidades adeudadas en 2017, pues es un hecho no controvertido que la parte ejecutante denuncio penalmente al ejecutado por el impago de pensiones, y en el Juzgado Penal número 3 de Manresa se sigue el procedimiento abreviado 263/2021. Entiende la juzgadora que no se puede equiparar la interposición de una denuncia penal a una reclamación judicial de los importes debidos. El artículo 121.11 a del CCCat dice que: "Son causas de interrupción de la prescripción: El ejercicio de la pretensión ante los tribunales, aunque sean destinadas por defecto procesal. Y una interpretación lógica del expresión de ejercicio ante los tribunal de la pretensión tiene que incluir tanto el ejercicio de una acción civil como un penal que comporta la responsabilidad civil derivada del delito, y por otra parte existe una reiterada jurisprudencia que establece que el ejercicio de una acción penal ante los tribunales conlleva la prescripción, porque con el ejercicio de una acción penal ante los tribunales se entiende también ejercitada la acción civil (SAP sec. 18 de 18-09-2018 (núm. 515-2018 rec. 103/2018) y de 28-05-2018 num. 325/281 rec. 1208/2017)

AP Barcelona, sec. 18ª, A 18-09-2018, nº 515/2018, rec. 103/2018:*"La ejecutante presentó en abril 2016 una demanda ejecutiva reclamando el pago al Sr. Conrado de las mensualidades alimenticias fijadas en sentencia de fecha 25 septiembre 2008 en cuantía de 350 euros mensuales.*

El 6-3-2012 la Sra. María Rosario había presentado una primera denuncia penal por impago de pensiones correspondientes a los meses de febrero 2012 a febrero 2013.

Considera el recurrente que dado que la denuncia penal se refería únicamente a tales mensualidades, las correspondientes a 2009, 2010 y 2011 que también se reclaman en la demanda ejecutiva, han prescrito.

La Sra. María Rosario y el Ministerio Fiscal consideran que la denuncia penal interrumpió la prescripción de manera que el plazo de 3 años que establece el art. 121-21 CCCat vuelve a iniciarse de nuevo desde la fecha de la denuncia penal.

Efectivamente, tal como ha acordado la resolución recurrida con acierto, el ejercicio de la acción penal interrumpe el plazo de prescripción tal como establece el art 1.973 del Código Civil, pues conforme a reiterada jurisprudencia con el ejercicio de una acción penal se entiende ejercitada también la acción civil en reclamación de las pensiones impagadas."

III. PROBLEMÁTICA DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

1. DETERMINAR LA NATURALEZA DE GASTO EXTRAORDINARIO. INCIDENTE DEL ARTÍCULO 776.4 LEC

a) Pese a que la introducción del incidente del artículo 776.4 de la LEC mediante la Ley 19/2019 tenía la finalidad de evitar demandas de ejecución cuyo objeto era determinar el carácter ordinario o extraordinario de un gasto, hay que clarificar que el incidente no siempre es necesario tramitarlo como previo a la demanda de ejecución ya sea a instancia de parte cuando se reclamen gastos extraordinarios o pretenda oponerse a ellos, o incluso de oficio, de forma que, se pueden reclamar y solventar directamente en el proceso de ejecución gastos extraordinarios lo que supone agilizar el proceso de ejecución en los casos siguientes:

i- Por supuesto cuando el gasto extraordinario se contenga en el titulo procesal incluso en el caso de que por su propia naturaleza no sean gastos extraordinarios (*por lo que es muy relevante pedir en la demanda y contestación que se refleje en el titulo los gastos extraordinarios que se vengan satisfaciendo durante la tramitación del declarativo o que se prevean de forma inminente tras la resolución del mismo y más aún determinar si lo que se van a considerar como gasto extraordinario son los gastos estrictamente necesarios o también los convenientes)*

A estos efectos se viene introduciendo en las resoluciones judiciales (bien por petición o incluso de oficio) una serie de *recomendaciones sobre la distinta naturaleza de los gastos ordinarios y extraordinarios* que constituyen la obligación de alimentos de los hijos pero no deja de ser una enunciación imprecisa y genérica por la propia naturaleza de los gastos extraordinarios que son imprevisibles, no periódicos y dependen de las necesidades de los hijos y de los propios recursos de los progenitores, nivel de vida, costumbres y usos familiares y, siendo determinado un ámbito mínimo que afecta al sanitario y al educativo y recomendaciones que no excluye la litigiosidad por la controversia entre las partes.

ii- Tampoco sería exigible el incidente cuando el carácter extraordinario resulta de la propia naturaleza del gasto por oposición a lo que es gasto ordinario que viene definido en el artículo en el artículo 142 del CC y por tanto no exista duda sobre la naturaleza ordinaria o extraordinaria que han sido definida por la doctrina jurisprudencial como los gastos imprevisibles, no periódicos, necesarios o convenientes, y no exista una previsión distinta en el titulo que se ejecute AP Madrid Sección 22, Auto de 1 de marzo de 2021.

iii- cuando son urgentes (en algunos casos se exige el incidente previo).

iv- cuando han sido aceptados previamente por el otro progenitor (en forma fehaciente) incluso puede venir pagando o el ejecutado no ha realizado objeción procesal alguna.

No obstante existen resoluciones que entienden que el incidente previo del artículo 776.4 de la LEC solo se excluye en el caso de que el concepto se haya recogido en el titulo (supuesto i). Así la AP Alicante, sec. 4ª, A 21-07-2021, nº 221/2021, rec. 364/2021 estima la oposición y acuerda que se devuelvan las actuaciones al Juzgado a fin de que proceda a tramitar la reclamación de gastos extraordinarios en los términos indicados en el fundamento jurídico segundo:

B.- Aunque el Juzgado no lo cite expresamente, sus consideraciones de naturaleza procesal vienen en realidad referidas al art. 776-4 LEC, en tanto establece que "cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario". Interpretando este precepto la Sala ha declarado que la tramitación del procedimiento especial previo es preceptiva siempre que los gastos no estén previstos en el convenio o sentencia, lo que sólo sucede cuando un determinado concepto de gasto se menciona allí de manera concreta, cuando la discusión entre las partes sea principalmente la abstracta interpretación del alcance de uno de esos conceptos explícitamente determinados en la sentencia o convenio, o cuando el gasto reclamado sea reiteración en identidad de circunstancias del ya declarado procedente en un procedimiento anterior (autos de esta Sala de 15-9-2011, 28-6-2012, 1-2-2013 y 16-5-2013, entre otros).

C.- Dichas causas que suponen excepción al art. 776-4 LEC no concurren en el caso de autos. Pero como tiene declarado reiteradamente la Sala lo procedente en tales circunstancias no es la inadmisión de la demanda o la mera estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento, sino que el Juzgado debe acordar incluso de oficio la tramitación del incidente allí regulado que resulta preceptiva para el Juzgado por cuanto debe dar a las actuaciones de oficio el curso prevenido por la Ley (autos de esta Sala de 9 de julio de 2015 y 20 de enero de 2016, entre otros), teniendo declarado también la Sala que por evidentes razones de economía procesal su tramitación debe considerarse implícitamente solicitada por el simple planteamiento de la demanda ejecutiva.

Otros como la AP de Asturias, Sección 7ª Auto 133/2021 de 30 de junio: se sitúan en un plano intermedio: *"Se puede eludir el incidente cuando en el titulo se incorpora una definición muchas veces general de lo que debe entenderse por gasto extraordinario que permita de forma suficiente englobar la concreta cantidad reclamada " pero además exige que lo conozca para evitar demandas ejecutivas sorpresivas*

b- En <u>cuanto al objeto del incidente sobre declaración de gasto extraordinario</u> existe discrepancia de opiniones pues unos entienden que (i) se agota con la declaración sobre la naturaleza de extraordinario de un gasto que no corresponda a los alimentos ordinarios por tanto sobre el carácter de imprevisible y no periódico y una vez declarado y presentada demanda de ejecución de gastos extraordinarios en la oposición a la ejecución es donde se debe alegar no solo los motivos de oposición del artículo 559 y 560 de la LEC entre los que se incluye el pago total o parcial de los mismo sino su necesidad o conveniencia, esto es su exigibilidad, el incumplimiento de los requisitos de comunicación y aceptación incluso tácita, es decir el consenso y cuantía,

Y otro por el contrario entienden (ii) si el titulo ejecutivo que contiene solo la expresión que se abonan los gastos extraordinarios necesarios, si no precisa ninguno concreto, o si están previstos unos y no otros precisan de su declaración en el incidente.

(i) Así por ejemplo la AP Ourense, Sección 1ª auto 79/2019 de 3 de julio: exceden de los límites del incidente, el carácter necesario del gasto, el conocimiento del progenitor no custodio, su aceptación, cuantía y efectivo pago etc., o sea el consenso.

AP Granada, sec. 5ª, A 15-05-2020, nº 60/2020, rec. 476/2019:

Se trata, por tanto, de un incidente declarativo que se agota en el reconocimiento del derecho a integrar determinada categoría de gasto en el título ejecutivo, a los efectos del despacho de la ejecución; el cual, precisamente por ello, excluye pronunciamiento sobre cualquier controversia acerca de la con-

currencia, exigibilidad o cualquier otra circunstancia, de hecho o de derecho, que resultara oponible a la ejecución que hubiera de despacharse en el ulterior procedimiento ejecutivo. En primer lugar, porque, como hemos expuesto, tal materia excede del objeto del presente incidente. Y, segundo lugar, porque el pronunciamiento que recaiga en el mismo no determina el reconocimiento de obligación dineraria alguna por la que hubiera de seguirse la vía de apremio; lo cual habrá de quedar, en su caso, para lo que resulte de la posible oposición al eventual despacho de la ejecución.

(ii) AP Valencia, sec. 10ª, A 02-05-2022, nº 231/2022, rec. 829/2021:

El recurso ha de prosperar parcialmente en lo relativo a los gastos extraordinarios a los que se opuso el ejecutado, en el sentido no efectuar pronunciamiento sobre el fondo con relación a tales gastos puesto que no estaban expresamente previstos en el título ejecutivo, que se refirió únicamente a los gastos extraordinarios necesarios sin prever expresamente ninguno en concreto, por lo que la ejecutante debió solicitar la declaración de gastos extraordinarios con carácter previo al despacho de ejecución, conforme a lo dispuesto en el art. 776.4ª LEC.

AP Cuenca, sec. 1ª, A 15-06-2021, nº 41/2021, rec. 79/2021:

Es decir, el convenio no prevé de manera expresa y literal como exige el precepto y la jurisprudencia que lo interpreta y aplica, como gastos extraordinarios los de "óptica, ni los de academia de ciencias, inglés, estudios superiores ESAT ni residencia universitaria" que son objeto de ejecución", ya que tan solo prevé como gastos extraordinarios los médico/farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social -previa justificación-(que aquí no lo ha sido) y actividades extraescolares (consensuadas con autorización por escrito) que tampoco ha existido).

Podrían ser objeto de discusión los gastos de óptica están o no incluidos dentro de los gastos médico/farmacéuticos pero, precisamente por ello, porque pueden ser objeto de discusión y la parte los ha discutido al oponerse totalmente a la ejecución despachada, es por lo que habrá de acudirse al trámites del art..776.4 de la LEC e incluso para su determinación cuantitativa al incluirse además de lentes de contacto o gafas graduadas, gafas de sol o deportiva.

c- Puede pedir la declaración de gastos extraordinario tanto el que pretenda efectuar el gasto o ya lo haya efectuado por ser urgente (*y no ha podido obtener el consentimiento del otro progenitor que a posteriori se niega en aceptar su carácter extraordinario)* y el que ha sido requerido fehacientemente por el otro progenitor que consienta en asumir el pago y pretenda oponerse por no considerarlo necesario.

Promover de oficio el incidente después de haber interpuesto la demanda ejecutiva reclamando un gasto como extraordinario es anómalo e innecesario como es resolver en la oposición que hubo de ser tramitado el incidente del artículo 776.4º de la LEC no solo en los supuestos referidos ut supra sino cuando además el ejecutado no ha realizado objeción procesal alguna pues no existe menoscabo de los derechos de acceso a la justicia y de defensa de las partes.

d- Efecto de no seguir el incidente cuando los tribunales lo consideran preceptivo.

- lo inician de oficio en pieza separada.

- se ha tramitado la oposición a la ejecución.

- unos Tribunales devuelven para que se tramite el incidente previo.

- otros declaran la nulidad total o parcial del despacho de ejecución al alegar defecto procesal del artículo 559.1.3ª LEC. Si no se alega solo perjudica a quien debió alegarla, esto es el ejecutado. En cualquier caso produce un retraso en la resolución del procedimiento.

2. NECESIDAD Y CONSENSO.

La STS Sala 1ª de 9 de septiembre de 2020. La necesidad del gasto o no determina que el Tribunal considere que sea preciso el acuerdo o no.

La conformidad y consenso de ambos progenitores no se circunscribe solo a la cuestión relativa a su importe sino también al ámbito de las decisiones que ambos progenitores deben tomar y que consideren más convenientes para el menor, patria potestad. AP Valencia, sec. 10ª, A 07-07-2021, nº 281/2021, rec. 1204/2020

IV. OTRAS CUESTIONES DE CARACTER ECONOMICO DE LA EJECUCION DE SENTENCIA

1. Actualización de la pensión de alimentos

Se debe pedir expresamente en la fase declarativa una sentencia donde se pronuncie que las actualizaciones anuales de la pensión sean solo al alza con referencia a un índice claro y a un momento determinado concreto bien anual o a principios de año.

Finalidad: En aras a evitar un retraso en la tramitación de la ejecución por la posibilidad de oponerse a los cálculos realizados por la ejecutante o incluso una estimación de la oposición del ejecutado considerando que existe exceso en la reclamación del ejecutante con base en la interpretación de la cláusula de actualización de la pensión.

Existen distintas opiniones sobre si en caso de no especificar nada el titulo procede la aplicación del IPC negativo o no.

Es doctrina de esta Sala, AP Sevilla, sec. 2ª, A 06-04-2005, nº 89/2005, rec. 34/2005; AP Sevilla, sec. 2ª, A 07-11-2012, nº 228/2012, rec. 2125/2012;: *"No debemos de olvidar que las pensiones fijadas en un Convenio regulador aprobado judicialmente,* ***se configuran como una deuda de valor y que la aplicación del I.P.C. en las actualizaciones de devengos monetarios tales como sueldos o pensiones, tiende a compensar los efectos negativos que sobre el poder adquisitivo tiene la inflació****n, utilizándose como índice de referencia para los incrementos retributivos a fin de compensar la pérdida de valor adquisitivo de su importe monetario como consecuencia de las subidas anuales de precios."*

Esta solución es acorde a la consideración de las pensiones de alimentos como deudas de valor, por lo que la razón de ser de su actualización es que no pierdan poder adquisitivo y puedan seguir atendiendo a las necesidades para las que se han concedido, siendo anecdóticos los años en que el IPC es negativo siendo el principio de la actualización la protección de las necesidades de los hijos y evitar las modificaciones de medidas que requieren de un cambio sustancial de circunstancias, por lo que siendo irrelevante la disminución del importe de la pensión de alimentos sin que se haya acreditado por el ejecutado un descenso de las necesidades de los hijos para lo que se estableció la suma de 750 euros al mes procede interpretar la cláusula de actualización al alza exclusivamente. "

Así: Auto de AP Sevilla recurso 1607/2021

"1. El objeto de esta alzada es si procede la aplicación del IPC negativo sobre la pensión alimenticia.

Existen Audiencias Provinciales que entienden que, aunque no ponga nada el convenio o la resolución judicial, ***la pensión de alimentos no puede bajar porque baje el IPC*** *y si queremos reducirla hay que acudir a un proceso de modificación de medidas. Sentencia AP Vizcaya de 4 de marzo 2019. Nª 30/2019 (ROJ: AAP VI 119/2019 - ECLI:ES:APVI:2019:119A):"Además, la Sala entiende que* ***la cláusula de actualización de una pensión de alimentos conforme a IPC no puede ser utilizada para la reducción del quantum de la pensión de alimentos, porque su sentido teleológico es, precisamente, el contrario****: asegurar que el transcurso del tiempo no afecte negativamente a la pensión por el efecto de la inflación y la consiguiente pérdida de valor adquisitivo; y también servir, en la medida de lo posible, como mecanismo de incremento paulatino de la pensión para adaptarse al crecimiento de las necesidades del alimentista parejo a su propio desarrollo personal. Resultaría contrario al fin tuitivo de los intereses del*

menor la introducción de una cláusula que supusiera una rebaja del importe de la pensión de alimentos por transcurso del tiempo, pese a que, al crecer este, cada vez tenga más necesidades y de mayor coste."

Por el contrario otras Audiencias Provinciales entienden que si en el convenio o sentencia indica que la pensión de alimentos se adaptará anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publica periódicamente el Instituto Nacional de Estadística, **significa que puede subir y bajar.** ***Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 28 de octubre de 2011: "****(…)se estipuló que la pensión alimenticia se actualizaría conforme al IPC, según los datos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística, lo que, en pura lógica, implicaba la posibilidad tanto de un incremento como de una disminución de la suma inicialmente establecida en el referido documento, según el rango, positivo o negativo, de los referidos datos estadísticos". Sentencia AP de Granada de 22 de mayo 2020. Número Sentencia: 70/2020; Y Sentencia AP de Asturias 12 abril 2019 Número Sentencia: 47/2019.*

2. Pago después del despacho de ejecución y antes de notificar la demanda de ejecución

Es muy frecuente que una vez presentada la demanda de ejecución en el ínterin que transcurre entre su presentación y el despacho de ejecución (a veces transcurren hasta meses, (dependiendo del atraso en el juzgado) por lo que el ejecutado, incluso antes de conocer la demanda puede efectuar el pago extraprocesalmente por lo que llegado el momento de la notificación de la demanda el ejecutado se opone alegando el pago o incluso abuso de derecho.

La solución procesal más acorde a esta situación debemos situarla en el marco del artículo 583.1 y 2. de la LEC. "*1. Si el ejecutado pagase en el acto del requerimiento o antes del despacho de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia pondrá la suma de dinero correspondiente a disposición del ejecutante, y entregará al ejecutado justificante del pago realizado.*

2. Aunque pague el deudor en el acto del requerimiento, serán de su cargo todas las costas causadas, salvo que justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución."

Por tanto ni es pago ni existe abuso de derecho en la reclamación. Y además se le imponen las costas salvo justificación. El Auto de AP Sevilla rollo 11607/2021 de fecha 14 de junio de 2023 resuelve también esta situación que se plantea en la oposición al despacho de ejecución:*"2.Ni siquiera el ejecutado invoca como causa de oposición el pago del artículo 556 de la LEC sino el artículo 11 de la LOPJ. El pago que efectúa el ejecutado antes de conocer procesalmente el despacho de ejecución es irrelevante a los efectos del artículo 556 de la LEC para estimar la oposición por cuanto que es un pago tardío que se realiza no solo 8 meses después de la demanda de ejecución sino en todo caso después del despacho de ejecución acordado por auto de 29 de mayo de 2020. Por tanto el pago de 26.700 euros efectuado el 17 de junio de 2020 que deriva de un título judicial se imputa al pago del capital entendiéndose abonada la deuda principal objeto del despacho de ejecución de 26.498,83 euros sin que se haya pagado o consignado la cantidad total para los intereses y costas presupuestados a cuyo pago viene obligado a tenor del artículo 583 de la LEC. "*

3. No se puede solicitar la ampliación de la ejecución en el escrito de impugnación a la oposición

Mucho menos resolver en la oposición la ampliación del despacho de ejecución al amparo del artículo 578 de la LEC, se infringen las normas sobre el despacho de ejecución toda vez que debe dictarse auto y decreto de despacho de ejecución. Así el Auto de la AP Sevilla de fecha 20 de junio de 2023 recurso 536/2022.:*"Procede estimar el recurso por cuanto que no existe resolución procesal judicial ampliando el despacho de ejecución ni decreto con las medidas ejecutivas necesarias la cual debe someterse a los mismos requisitos que la demanda inicial de ejecución, habiéndose vulnerado el artículo 551 de la LEC ya que el artículo 578 de la LEC no permite omitir los presupuestos procesales necesarios del despacho de ejecución habiéndose causado indefensión al ejecutado quien solo puede oponerse por los plazos y trámites legales establecidos del artículo 556 de la LEC respecto del despacho de ejecución acordado "...*

4. Pago en forma distinta a lo acordado judicialmente en el titulo procesal

El auto de la AP Sevilla de fecha 21 de julio de 2023 rollo 535 /2022 resuelve la inexigibilidad de la deuda como causa de oposición cuando el ejecutado a partir del cumplimento del hijo de los 18 años no paga a la ejecutante madre custodia sino al hijo de 18 años.

Solicita el ejecutado que se declare la obligación de pago de la pensión de alimentos reclamada en el procedimiento inexistente en tal periodo por no existir necesidad que cubrir del alimentista y todo ello bajo el amparo de la doctrina del abuso del derecho del artículo 11.2 de la LOPJ y 7.2 del CC y la AP resuelve: *No es abuso de derecho la petición de amparo judicial de la ejecutante cuando quien incumple es el ejecutado oponente, no concurre respecto de los periodos reclamados ni causa de modificación ni de extinción de la pensión de alimentos del hijo común José Manuel que determinara la inexigibilidad de la deuda, que reconoce el padre que precisa desde el momento que alega pagar directamente o por transferencia al mismo por lo que es desestimada la petición que realiza de que se declare la inexigibilidad al no existir necesidad que cubrir del alimentista.*

Respecto de la prueba del pago se resuelve: "*Por lo que resta determinar la eficacia del alegado pago a partir del mes de junio de 2014 una vez que se reconoce el incumplimiento del título judicial en los términos en que venía realizándolo desde 2004. En la fecha del incumplimiento el hijo era aún menor de edad pues contaba con 17 años, no es un medio probatorio eficaz una declaración jurada del hijo que además de ser impugnada no es necesario ratificar tal como concluye el juez de instancia toda vez que el pago debe acreditarse documentalmente y no a través de testifical, no se aporta la cuenta del hijo, no siendo suficiente la del ejecutado pues ni se identifica el beneficiario ni la cuenta de destino ni se identifican los meses ingresados en mano ni las cuantías ni siquiera se desprende de la declaración jurada.*"

AP Valencia, sec. 10ª, A 10-05-2023, nº 228/2023, rec. 539/2022

El ejecutado alegó en su escrito de oposición y reitera en su recurso que había abonado cantidades, bien ingresándoselas a los hijos, entregándolas en mano, o asumiendo pagos de actividades deportivas y demás, por lo que debía entenderse pagada la pensión de alimentos. Pero los pagos relativos a actividades extraescolares como las deportivas no se pueden imputarse a la pensión de alimentos, pues constituyen gastos extraordinarios (así se configuraron en la sentencia) y tampoco puede estimarse que las cantidades que dio voluntariamente a los hijos puedan imputarse a la pensión de alimentos, pues la progenitora es la administradora de la pensión y a ella debió abonarse, en su caso, sin acreditarse que los hijos hicieran llegar a la progenitora las cantidades que pudieron hacer recibido de su padre.

5. Pluspetición

Para unos entendido como pago parcial de la deuda no la mera corrección de errores aritméticos para otros cuando la pluspetición sea tal y no derivada de mero pago parcial. En este último caso por ejemplo AP Cádiz, sec. 5ª, A 15-02-2023, nº 37/2023, rec. 1780/2022)

6. Alimentos y concurso de acreedores

El concurso de acreedores no afecta a la pensión de alimentos. El Tribunal supremo en sentencia de 13 de febrero de 2019 señala que el proceso de concurso no puede modificar el importe de la pensión de alimentos, si acaso a través del procedimiento de modificación de medidas. El ejecutado en concurso necesita autorización judicial de administración concursal para además de pagar e interponer recursos y para oponerse.

7. La retroactividad en la ejecución

a) Pensión de alimentos

Se plantea la posibilidad de reclamar en ejecución las pensiones desde momentos anteriores a la resolución procesal o título cuando no se contiene pronunciamiento alguno sobre la retroactividad y en su caso la retroactividad como causa de oposición a la ejecución.

Para la AP Málaga, sec. 6ª, A 14-12-2022, nº 510/2022, rec. 678/2022:

Es doctrina reiterada por esta sala de apelación que en un procedimiento de divorcio no deviene ex lege la retroactividad automática de la obligación establecida en sentencia al momento de interposición de la demanda, pues legalmente solo está previsto en el artículo 148.1 para la obligación de alimentos entre parientes, y el hecho de que jurisprudencialmente se haya establecido que dicha regla es de aplicación igualmente a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada, no significa la innecesariedad de un pronunciamiento en sentencia al respecto, sino que esa retroacción deberá ser objeto de resolución judicial expresa para que lleve aparejada ejecución ex artículo 517.1.1º pues no se trata de un pronunciamiento implícito en el del establecimiento de alimentos

Por el contrario para la AP Córdoba, sec. 1ª, A 29-11-2022, nº 467/2022, rec. 1585/2022 y las Audiencias que menciona en su resolución no es necesario para reclamar los alimentos desde la demanda que se contenga en el titulo la declaración de retroactividad. Admite además debatir como causa de la oposición: *"el inicio de la exigibilidad de la pensión de alimentos"* y por tanto que el condenado al pago de los alimentos pueda hacer valer, en el trámite de oposición a la ejecución, "que se hizo cargo, de modo suficiente o en qué medida, de los gastos de los hijos en el periodo anterior a la interposición de la demanda, o que asumió la obligación hasta o desde cierto momento, *determinando si los efectos han de retrotraerse a un momento distinto al que fija el art.148 CC "*.

La SAP de Valencia, sección 10, en auto de 9.5.2022, recurso 933/2021, en su puesto similar al de autos dice que *" en el fallo de la sentencia no se expresa la fecha a partir de la cual se debe pagar la pensión de Luciano, pero los efectos retroactivos derivan de una imposición legal, pues no se refieren a una obligación de alimentos entre cualquier pariente, sino a los que debe un padre al hijo menor de edad. En efecto, l**a Sentencia del TS de fecha 14 de junio de 2011** que unifica y sienta doctrina establece que debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148 del CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda. Doctrina que es reiterada en S**TS 349/20 de 6 de febrero, 4276/2016 de 6 de octubre, 3441/2016 de 14 de julio,** entre otras. Este criterio es el que se ha seguido a partir de la fijación de esa doctrina por esta Sala (la de Córdoba) en resoluciones como **Auto 607/2020 de 10 de diciembre y 724/18 de 27 de diciembre,** sin perjuicio de que el condenado al pago de los alimentos pueda hacer valer, en el trámite de oposición a la ejecución, "que se hizo cargo, de modo suficiente o en qué medida, de los gastos de los hijos en el periodo anterior a la interposición de la demanda, o que asumió la obligación hasta o desde cierto momento, determinando si los efectos han de retrotraerse a un momento distinto al que fija el art.148 CC, que constituye una regla general siendo la excepción la no retroactividad. ".*

*En el mismo sentido **AAP de Pontevedra, sección 6, de 3.3.2022, recurso 985/2021**, que habla de que se trata de un pago " ope leg is" desde la presentación de la demanda. Por su parte l**a AAP de Asturias, sección 7, de 12.1.2022, recurso 719/2021,** que dice que " a raíz de las STS de 14 de junio y 26 de octubre d 2011, 4 de diciembre de 2013 o 26 de marzo de 2014, se ha aplicado la doctrina que señala que "Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda", señalando esta última resolución que " esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces" (doctrina ratificada por STS de 18 de noviembre de 2014). Doctrina que esta Sala ha venido aplicando de forma reiterada, así en Sentencias de 6 de marzo y 21 y 24 de julio de 2015, por citar algunas de las más recientes. El concepto de las cargas del matrimonio, conforme al art. 1.03 del Código Civil debe*

entenderse como cualquier prestación económica a satisfacer por uno de los cónyuges, ya sea a favor de los hijos comunes, ya a favor del otro esposo o incluso para atender obligaciones contraídas con terceros, teniendo especial trascendencia las aportaciones de los todavía cónyuges a las necesidades alimenticias de los hijos menores de edad, independientemente de la subsistencia o no de vínculo matrimonial, pues es un deber directamente derivado de la filiación ".

La SAP de Tenerife, sección 1, de 19.5.2022, recurso 719/2021 *sigue igual criterio citando en igual sentido los autos de la* ***AP Almería, sec. 2ª, de 23 de noviembre de 2011, AP Castellón, sec. 2ª, de 20 de octubre de 2010? AP Zamora de 7 de septiembre de 2010; AP de Ciudad Real, sec. 2ª, de 4 de febrero de 2010.***

Este es el criterio que entiende procedente esta Sala, acorde primero, con la voluntad del legislador manifestada en el artículo 148.1 del Código Civil debiéndose de entender que, a salvo disposición expresa, esa eficacia retroactiva se impone para la primera resolución que fije pensión caso de no expresar aquella otra cosa;.."

b) Pensión compensatoria

La retroactividad de las resoluciones sobre pensión compensatoria también tiene transcendencia en los casos de que en la alzada se reduzca o se aumente la pensión establecida en primera instancia.

El TS tenía establecido **(STS 674/2016 de 16 de noviembre; 162/2014 de 26 de marzo; y 917/2008 de 3 de octubre**) que se equiparaba la pensión de alimentos y la pensión compensatoria a efectos de la retroactividad y por tanto desde que se dictaba cada resolución sin embargo en la ***STS*** **del Tribunal Supremo 388 de 20 de junio de 2017** *se aparta de este criterio y los efectos los retrotraen a la sentencia de primera instancia solamente en el caso de que se trate de alzada contra resolución constitutiva del derecho por vez primera porque si se trata de resolución que modificaba tanto al alza o a la baja o se extingue el importe de la pensión compensatoria sus efectos se producen desde que se dicta la resolución de modificación /extinción o alzada.* (**STS 453/2018 de 18 de julio y 676/2019 de 17 de diciembre).**

Asumiendo dicha doctrina AAP Sevilla, sec. 2ª, A 17-06-2021, nº 203/2021, rec. 6159/2019.

8. Suspensión de la ejecución civil por denuncia penal con ejercicio de la acción civil y/o alegación de la prejudicialidad penal admisible como motivo de oposición a la ejecución

La preferencia de la jurisdicción penal donde el ejercicio de la acción penal conlleva en forma adhesiva el ejercicio de la acción civil, la previa demanda de ejecución civil por los mismos hechos no impide el ejercicio de la acción penal y civil conjunta.

En estos supuestos ante la existencia de una ejecución civil iniciada por impago de pensiones y la existencia de un procedimiento penal por impago de pensiones con ejercicio conjunto de la acción civil, existe una coincidencia de acciones civiles sobre cuya repercusión procesal no existe unanimidad en la doctrina pues mientras unos consideran que ello determina la suspensión del proceso de ejecución civil hasta la resolución del procedimiento penal por virtud de los artículo 111 y 112 de la Lecr, si este se hubiese iniciado, y en caso de no estarlo, imposibilita el planteamiento de cualquier acción civil durante su pendencia otros, la mayoría, consideran que son procesos compatibles.

Expresión de la primera opción de suspender. **AAP Tarragona, Civil sección 1 del 09 de marzo de 2022 (ROJ: AAP T 941/2022 - ECLI:ES:APT:2022:941A)Recurso: 1053/2021**: "*Lo que plantea el recurso es la suspensión de la ejecución civil por la existencia de un proceso penal en el que se están reclamando las pensiones reclamadas en vía civil. En suma, la aplicación del art. 111 LECr que impide mientras esté pendiente la acción penal el ejercicio separado de la acción civil (" le penal tient en etat le civil").*

En efecto, la pendencia de un proceso penal en el que junto a la acción penal se ejercitó la acción civil, reclamando el importe de las pensiones alimenticias impagadas, conlleva la suspensión del proceso civil por aplicación del artículo 111 de la LECrm. hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme. A ello debe añadirse que una vez firme la condena penal entra en juego la excepción de cosa juzgada regulada en el art. 222 LEC.

CUARTO.- este precepto en su apartado primero que la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo. Seguido un proceso penal en el que se ejercitó la acción civil reclamando el importe de las pensiones impagadas, y recaída sentencia firme, la ley prohíbe un ulterior proceso con el mismo objeto.

La mención que hace la sentencia penal de que para el caso de que el ejecutado satisfaga la responsabilidad civil en el proceso de ejecución deberá aportar la correspondiente certificación para acreditar que se ha satisfecho la misma en el proceso penal, no significa que puedan seguirse dos procesos simultáneos sino que lo que persigue es evitar el "doble pago", es decir, que no se acaben pagando las mismas pensiones en un procedimiento que en el otro.

En consecuencia, debe acogerse el argumento de la parte apelante de que no puede reclamarse la deuda alimenticia en la vía civil y penal de forma simultánea. La Ley expresamente lo prohíbe, tanto por la vía de la litispendencia como de la cosa juzgada (cuando se produzca la firmeza penal), y ello por un elemental principio de seguridad jurídica, y también a fin de evitar duplicidad de intervenciones judiciales y consiguientemente la consunción de medios y ralentización de los procesos judiciales.

<u>La Audiencia Provincial de Tarragona justifica por tanto la alegación de la prejudicialidad penal como motivo de oposición y así lo expresa en su resolución:</u> *"Como paso previo a la resolución de la controversia debe recordarse al Juzgado que esta Sección viene manteniendo de manera inveterada (autos de 258/2018, de 13 diciembre 2018 y el 90/2019, de 11 abril, 23 febrero 2022, rec. 545/2021, entre otros), en relación a la alegación de causas de oposición a la ejecución en procesos de familia, que:*

"[...]la dificultad que entraña la aplicación en materia de derecho de familia de las disposiciones generales en materia de ejecución común (arts. 548 y ss. LEC) dado que, de una parte algunos supuestos no tienen regulación expresa o un claro encaje en las normas generales, y de otra la relativización del principio dispositivo y de preclusión que, en este tipo de procesos, no rige con toda su fuerza ya que el objeto procesal de los procesos matrimoniales viene en algunos aspectos (guarda, alimentos y vivienda, sustancialmente) marcado por un claro interés público que se materializa en el interés superior de los hijos menores que se ven afectados por la situación de crisis provocada. En cualquier caso, ante la compleja variedad de conflictos humanos que se plantean en aras de preservar la consecución del principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, la solución pasa por flexibilizar, como se hace en materia de prueba y alegaciones por el art. 752 LEC la alegación de los motivos de oposición siempre atendiendo al principio fundamental antes señalado".

Por lo tanto, <u>entendemos que la prejudicialidad penal es perfectamente admisible como motivo de oposición a la ejecución</u> puesto que está íntimamente relacionada con la ejecutividad de la resolución que constituye el título."

AP Ourense, sec. 1ª, A 31-03-2022, nº 75/2022, rec. 739/2021:*De modo que, conforme dispone el art. 111 LECrim, mientras estuvo pendiente el proceso penal con ejercicio anexo de una idéntica acción civil, la ejecutante no podía iniciar proceso civil con el mismo objeto, ni en vía declarativa, ni ejecutiva, al disponer expresamente dicho precepto que "mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme". Dada la preferencia de la jurisdicción penal donde el ejercicio de la acción penal conlleva en forma adhesiva el ejercicio de la acción civil, la previa demanda civil por los mismos hechos no impide el ejercicio de la acción penal (y civil conjunta) <u>si bien ello determina la suspensión del proceso civil, si este se hubiese iniciado, y en caso de no estarlo, imposibilita el planteamiento de cualquier acción civil durante su pendencia.</u>*

Esta opción no es baladí pues esta última resolución como consecuencia de entender que debía haberse suspendido la ejecución a su vez tiene más repercusiones procesales como es desestimar la posible alegación de prescripción del derecho a reclamar y excluir del cómputo del plazo de caducidad el periodo de pendencia penal: *"En consecuencia, no podía computarse el plazo de caducidad de la acción ejecutiva (ni de prescripción del derecho de crédito que se hace valer mediante la misma) durante la pendencia del proceso penal. Debiendo excluirse del cómputo del plazo de caducidad el periodo comprendido entre 25 de marzo de 2015 (denuncia) y 5 de febrero de 2019 (sentencia firme penal), habiéndose presentado la demanda ejecutiva en 8 de junio de 2020, la acción ejecutiva formulada en dichos títulos judiciales no pude estimarse caducada.*

Expresión de la segunda opinión de no suspender AP Coruña Nº de Recurso: 527/2016, Nº de Resolución: 63/2017 de fecha 28/04/2017 d*onde el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de A Coruña, de fecha 9 de junio de 2016, acordó en su parte dispositiva la suspensión del procedimiento hasta que no recaiga resolución que ponga fin al procedimiento penal iniciado por la parte (DPA 2453/2015 del Juzgado de Instrucción nº 3 de A Coruña) y recurrido en apelación por la ejecutante la Sala Acuerda estimar el recurso de apelación y acordar la continuación del procedimiento de ejecución civil:*

Procede la estimación del recurso de apelación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, conforme el art. 569. 1 de la LEC para que se decrete la suspensión de una ejecución forzosa por la presentación de denuncia o la interposición de querella en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo, es necesario que los hechos de apariencia delictiva, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título. Y, en este caso, no está ni siquiera en cuestión la validez del título ejecutivo, que es una sentencia judicial que acuerda una pensión alimenticia para unos hijos menores, por lo que el referido precepto legal no puede justificarse la suspensión del procedimiento civil.

En segundo lugar, además de que, tal y como dice la parte apelante, con cuyo criterio coincidimos, el art. 40 de la LEC se refiere a procesos declarativos y no a procesos de ejecución, como es el caso, tenemos que añadir que tampoco concurre el requisito de que la decisión del tribunal penal puede tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil, por cuanto, aun cuando D. Eladio fuese absuelto en el procedimiento penal por abandono de familia, ello no significaría que el título ejecutivo, la sentencia que establece alimentos para los hijos menores, pierda su eficacia, debiendo dilucidarse la cuestión referente a los alimentos en el procedimiento de ejecución civil.

Por último, resulta insostenible e injustificable que unos hijos menores no pueden reclamar alimentos en un procedimiento civil por el hecho, precisamente, de que se haya presentado una denuncia por abandono de familia por dicho impago, y que tengan que esperar a que se resuelva el procedimiento penal para percibir los alimentos a los que tienen derecho por haberlo establecido una resolución judicial.

Auto de la AP de Sevilla de fecha 18 de julio de 2023 recurso 499/2022 es motivo para no imponer las costas procesales al desestimar la oposición alegando pago en la ejecución penal.

No se estima el motivo de recurso por lo que de conformidad con el artículo 398 de la LEC se impondrían al ejecutado apelante las costas procesales pero existen dudas de derecho sobre la suspensión o no de la ejecución civil en estos supuestos por lo que la oposición no es temeraria solo innecesaria por lo que no se imponen las costas procesales de esta segunda instancia a ni las de la primera instancia.

9. Prejudicialidad civil y litispendencia

El artículo 565.1 de la LEC establece que:*1. Sólo se suspenderá la ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución.*

Así pues no se contempla la prejudicialidad civil como causa de suspensión, solo la prejudicialidad penal en el art. 569 LEC**.**

Por tanto ante una reclamación ejecutiva de título judicial o procesal no cabe oponer litispendencia que no sea la que genere otra demanda ejecutiva sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, ni prejudicialidad civil que esté referida a las pretensiones deducidas en un proceso declarativo en el que se persigue una modificación del título.

Así la AP A Coruña, sec. 4ª, A 02-03-2023, nº 28/2023, rec. 909/2022

"No ya porque ninguno de esos dos motivos esté previsto en el artículo 556 de la LEC como posible fundamento de una oposición frente al despacho de una ejecución sustentada en resoluciones procesales sino, principalmente, porque su consideración quebraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE), que comprende el derecho de quien dispone a su favor de un título judicial a obtener su plena y efectiva ejecución en cuanto la despachada se acomode efectivamente al mandato de la sentencia o resolución procesal de que se trate. Sobre este particular, el recurso no contiene ninguna alegación complementaria de las que ya han sido razonadamente descartadas por el auto apelado, ni siquiera una simple crítica de su base argumental sobre la que debamos pronunciarnos.

La AP Barcelona, sec. 18ª, A 02-02-2021, nº 26/2021, rec. 943/2020 de una manera más tibia: *"Este se opuso alegando que existía otro procedimiento tendente a la modificación de la sentencia, por lo que por el art. 43 LEC, sobre prejudicialidad civil en relación con el art. 556.1 LEC, debía suspender el procedimiento de ejecución.*

El auto hoy recurrido entiende que la prejudicialidad civil no es causa de oposición a la ejecución, con lo que la desestima, y contra el mismo se alza el demandado insistiendo en tal argumentación.

Debemos desestimar el recurso no tanto porque la prejudicialidad civil no está prevista para los procedimientos de ejecución, sino porque ya ha recaído sentencia desestimatoria en el rollo de apelación 430 /2020 a que se refiere el recurrente."

Sin embargo en AP Barcelona, sec. 18ª, A 08-02-2023, nº 46/2023, rec. 606/2022: Es más rotunda: *"Entendemos pues que, como norma general, se excluyen los supuestos de prejudicialidad civil como motivo para decretar la suspensión de la ejecución al no ordenarlo la ley de modo expreso específicamente para los procesos ejecutivos como sí hace para los casos de prejudicialidad penal. Podemos hablar por tanto de un principio de excepcionalidad de la suspensión por prejudicialidad civil enfatizado expresamente por la LEC al encontrarnos dentro de un proceso ejecutivo".*

En igual sentido la AP Sevilla, sec. 2ª, A 17-01-2022, nº 18/2022, rec. 10815/2019.

y la AP Sevilla, sec. 2ª, A 07-02-2019, nº 26/2019, rec. 5883/2018:*"La sentencia que se dicta en el procedimiento de modificación de medidas planteado por la Sra. Carina tendrá virtualidad y eficacia desde la fecha de su emisión, pero la mera tramitación de aquel proceso no puede impedir la operatividad de la ejecución de la sentencia de divorcio que atribuyó a los litigantes, por periodos alternativos de dos años, el uso de la vivienda familiar sita en San José de La Rinconada, razón por la cual, no pudiendo el proceso ejecutivo alterar lo decretado en sentencia firme, no resulta procedente suspender la presente ejecución hasta la resolución del proceso de modificación de medidas".*

INCIDENCIAS DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Dolors Viñas Maestre

ÍNDICE

1. Planteamiento. Breve referencia al proceso. Necesidad de dinamismo.

2. Medidas de ejecución contempladas en la LEC:

2.1. Requerimiento.

2.2. Multas coercitivas.

2.3. Apercibimiento de cambio de guarda.

3. Prevenir antes que curar.

4. Cumplimiento mirando al pasado o mirando al futuro. Cambio de circunstancias desde el dictado de la sentencia o del auto:

4.1. Incumplimientos puntuales que no perduran en el tiempo.

4.2. Incumplimientos parciales no sustanciales.

4.3. Incumplimiento total y petición transcurrido un periodo prudencial.

5. Otras medidas:

5.1. Mediación u otras formas alternativas de resolución de conflictos (MARS).

5.2. Coordinación de parentalidad.

5.3. Punto de Encuentro.

5.4. Terapias psicológicas.

6. Suspensión:

6.1. Voluntad del NN y A.

6.2. Supuestos de violencia.

7. Indemnización de daño moral por incumplimiento.

8. Régimen de visitas. Ejecución en el extranjero y Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

8.1. Instrumentos Internacionales.

8.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. Planteamiento. Breve referencia al proceso. Necesidad de dinamismo.

El objetivo del presente trabajo es abordar los problemas concretos que se plantean en la práctica en los procedimientos de ejecución de las resoluciones judiciales que establecen un régimen de comunicación, estancias o visitas entre los hijos e hijas menores y el progenitor/a que no tiene la guarda o que fijan una determinada modalidad de guarda que implica una distribución de tiempo

de guarda entre uno/a y otro/a progenitor/a. Hablamos de menor, de hijo e hija menor y/o de niño, niña y adolescente utilizando las siglas NN y A.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) no recogió un cauce procesal útil o racional para el cumplimiento de estas medidas personales, ni esperamos una solución inmediata por parte del legislador. Ello, como en otros aspectos propios del Derecho de Familia, nos ha obligado a hacer un esfuerzo interpretativo del marco legal que se nos ofrece y utilizar los instrumentos procesales que tenemos con una mirada flexible, en aras a conseguir la finalidad que se pretende cuando se establece un determinado régimen de relación y visitas o una distribución del tiempo de guarda determinada, teniendo siempre como principio inspirador y directivo el de la prioridad del interés del menor.

Según la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo [...] B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño [...] C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

El Tribunal Supremo en sentencia de 19 de abril de 2022[1] señala que la vigencia del principio de prioridad del interés del menor "permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros (SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado (SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, así como 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3). En el sentido expuesto, esta última STC 178/2020, se manifiesta categórica, hablando incluso de un canon reforzado de tutela judicial efectiva, que determina que la aplicación de las normas procesales deba someterse a un criterio de flexibilidad, con atribución de holgadas facultades al juez, con amplios márgenes para las alegaciones de las partes, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, con la finalidad de conseguir que el interés del menor pueda ser garantizado".

Bajo el paraguas del interés del menor hemos hecho camino al andar y se ha ido flexibilizando el procedimiento de ejecución admitiendo en su seno la adopción de medidas que modulan, modifican o incluso suspenden el pronunciamiento de una sentencia o Auto junto con otras complementarias que implican la participación de otros profesionales con la finalidad de conseguir la efectividad de los contactos o visitas.

Las Audiencias Provinciales han puesto de manifiesto la defectuosa regulación procesal de la ejecución de una medida que impone una obligación de hacer personalísima, que no permite la sustitución, en las que no resultan de aplicación las normas de los arts. 556 y ss. LEC previstas para reclamaciones de contenido económico y que también tienen difícil encaje en las normas que regulan las obligaciones de hacer, pues la finalidad última de la medida es la de asegurar la efectividad de la relación de los hijos/as menores con el progenitor/a que no tiene la guarda de difícil cabida en la sanción legal del art. 709 LEC – realización de la prestación personal a su costa o indemnización - y contemplándose como únicas medidas posibles en el art. 776 LEC la previsión de multas coercitivas y el apercibimiento de cambio de guarda si persiste en el incumplimiento.[2] La deficiente regulación procesal puede conducir a ejecuciones claudicantes.

1. (ROJ: STS 1563/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1563).
2. AAP, Civil sección 18 del 26 de octubre de 2022 (ROJ: AAP B 3336/2022 - ECLI:ES:APB:2022:3336A); AAP, Civil sección 4 A Coruña del 06 de octubre de 2022 (ROJ: AAP C 483/2022 - ECLI:ES:APC:2022:483A); AAP, Civil sección 2 Sevilla del 28 de enero de 2022 (ROJ: AAP SE 21/2022 - ECLI:ES:APSE:2022:21A) admite valorar la necesidad de no ejecutar la decisión judicial de que se trate como medio necesario para preservar dicho interés.

La cobertura legal para la adopción de las medidas en el seno de un procedimiento de ejecución la tenemos en el art. 158 del Código Civil (CC) y en los preceptos análogos de las legislaciones de las CCAA (Ley 74 Compilación Derecho Civil Foral de Navarra; art. 236-3 Codi Civil de Cataluña, art. 79 Código de Derecho Civil de Aragón). Hay medidas que pueden y deben plantearse en un procedimiento de modificación en el que también pueden pedirse medidas provisionales, pero hay casos en los que las medidas derivan o son consecuencia directa de actos ejecutivos y en los que la derivación a las partes al procedimiento de modificación, sin resolver cautelarmente en la ejecución, puede constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y provocar una dilación indebida. Pueden adoptarse medidas cautelares y remitir después a modificación si ello es necesario. El transcurso del tiempo es un factor esencial en estos procesos. Los hijos/as crecen, se afianzan comportamientos restrictivos o se toleran contactos perjudiciales con riesgo para los y las menores, por lo que se requieren soluciones en tiempos razonables. No depende de nosotros que la Justicia tenga más medios, pero sí que podemos conducir razonablemente los procedimientos hacia el fin que se pretende y ese fin no es otro que el de proteger a los y a las menores, bien adoptando medidas tendentes a garantizar su relación con ambos progenitores, bien restringiendo o incluso suspendiendo la relación cuando ello sea necesario para su protección y en esta horquilla, desde la suspensión al cumplimiento pleno, cabe toda una pluralidad de medidas o recursos que pueden acordarse en sede de ejecución.

Se impone por tanto un procedimiento de ejecución dinámico alejado de la instantánea fotográfica de la sentencia y de los regímenes estándares y compatible con el mandato del art. 118 de la Constitución Española (CE) y del 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE que en estos casos tiene una doble vertiente. En el cumplimiento de esta medida intervienen tres sujetos de derecho o personas, el progenitor/a que ha de facilitar la relación y estancia del hijo o hija con el otro progenitor/a, el progenitor/a que tiene reconocida la estancia y que debe también cumplir con los tiempos establecidos[3] y la persona menor. No se trata de entregar una cosa, no se trata de cumplir una obligación de entrega, es una medida de contenido complejo pues el progenitor/a que tiene la guarda debe facilitar y dar contenido efectivo al régimen (el cumplimiento de la obligación no puede limitarse a la simple entrega), el progenitor/a que tiene derecho a la estancia debe también dar contenido efectivo y afectivo a la relación pues no olvidemos que es un derecho del NN y A y el NN y A debe tener a su alcance los medios necesarios para que dicho derecho se haga efectivo y también las garantías de que se va a desarrollar en su interés. La complejidad de la medida dota de complejidad al procedimiento.

No hay casos iguales, aunque sí parecidos y es difícil establecer una categoría de medidas que puedan resultar útiles en todos los supuestos. Las circunstancias del caso concreto determinaran la adecuación de la medida en cada caso.

También se ha propuesto como cauce adecuado para dilucidar estas cuestiones el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria por su flexibilidad y garantías.

2. Medidas de ejecución contempladas en la LEC

2.1. Requerimiento

Contemplado como primera medida en la ejecución de las obligaciones de hacer en el art. 609 LEC "Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo. En el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias". Y el art. 776 LEC excluye la sustitución automática por el equivalente pecuniario, pero mantiene las multas coercitivas mensuales sin la limitación del año.

3. AAP, Civil sección 1 Córdoba del 28 de abril de 2022 (ROJ: AAP CO 208/2022 - ECLI:ES:APCO:2022:208A).

El requerimiento de cumplimiento se acuerda y se mantiene cuando se acredita el incumplimiento, pero por sí sólo resulta poco efectivo para conseguir que la relación paterno o materno filial se lleve a cabo en la forma establecida en el título. No atender al requerimiento puede ser constitutivo de delito de desobediencia. La mayoría de los tribunales exigen que el requerimiento de cumplimiento se haga personalmente y bajo apercibimiento, pero hay tribunales que han considerado suficiente el conocimiento del deber de cumplir[4].

2.2. Multas coercitivas

En ocasiones puede operar como seria motivación al cumplimiento, pero en muchos supuestos actúa como factor de incremento del conflicto que acaba perjudicando al hijo/a menor. Resulta justificada esta medida cuando hay prueba de incumplimiento, cuando hay mala fe por parte del progenitor/a incumplidor, pero cuando las causas son complejas se evidencia como una figura poco útil o inadecuada para resolver el conflicto y conseguir la finalidad que se pretende. En cualquier caso, no suelen ser efectivas para conseguir el cumplimiento. Si el progenitor/a que debe pagar la multa tiene capacidad económica suficiente quizá opte por pagar la multa y persistir en el incumplimiento y si no tiene capacidad económica no abonará la multa que difícilmente podrá hacerse efectiva de otro modo.

Hay muchas resoluciones de Audiencias que mantienen el requerimiento y el apercibimiento de multas, cuando estiman que las causas alegadas por la parte demandada no justifican un incumplimiento[5].

El Auto que impone de forma concreta una multa coercitiva se ha considerado irrecurrible en apelación por no tratarse de una resolución definitiva que pone fin a la ejecución[6]

2.3. Apercibimiento de cambio de guarda

El art. 776,3 LEC 3.ª dispone que "El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas". En el País Vasco en la Ley 5/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de progenitores en su art. 7 apartado 4 se hace referencia a la posibilidad de modificar el régimen establecido (la mención es muy genérica) "de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial" en caso de incumplimiento y en el Código Civil Foral de Aragón se contiene la previsión de modificación de las medidas por incumplimiento grave o reiterado en el art. 79,4. Al margen de las dudas procesales que plantea la adopción de esta medida en la doble opción de considerar que puede ser adoptada en sede de ejecución o de que habilita a plantear el cambio de guarda en un procedimiento de modificación, las dificultades para aplicar dicha medida derivan precisamente de la complejidad de las causas del incumplimiento y de la necesidad de que dicha medida resulte adecuada a los intereses y necesidades de la persona menor que se ha visto inmersa en la conflictiva interparental. El automatismo aparente de la solución legal choca con la complejidad del problema que trata de resolver y el interés del menor se erige de nuevo en la piedra angular.

3. Prevenir antes que curar

Tanto en procedimientos de mutuo acuerdo, en el que la labor de las asistencias letradas es esencial en la redacción de los convenios reguladores y en la concreción de las medidas acordadas, como en los procedimientos contenciosos, es importante concretar las medidas en su justa medida de proporción (ni excesivamente detalladas o encorsetadas, ni demasiado laxas) para evitar problemas de cumplimiento. Con un conocimiento amplio de las pautas de organización de la familia y de la importancia de la conflictiva interparental, pueden fijarse medidas que eviten el conflicto o que faciliten el cumplimiento. El marco del que se parte suele ser un marco estándar

4. SAP, Penal sección 8 del 24 de noviembre de 2021 (ROJ: SAP B 16321/2021 - ECLI:ES:APB:2021:16321); SAP, Penal sección 2 del 11 de julio de 2022 (ROJ: SAP V 2405/2022 - ECLI:ES:APV:2022:2405).
5. AAP, Civil sección 4 Oviedo del 20 de julio de 2022 (ROJ: AAP O 485/2022 - ECLI:ES:APO:2022:485A).
6. AAP, Civil sección 2 Lleida del 29 de junio de 2022 (ROJ: AAP L 493/2022 - ECLI:ES:APL:2022:493A); AAP, Civil sección 1 Córdoba del 18 de septiembre de 2020 (ROJ: AAP CO 671/2020 - ECLI:ES:APCO:2020:671A).

heredado de las primeras épocas del divorcio (fines de semana alternos con día intersemanal y mitad de vacaciones) y ha ido derivando a una mayor concreción adaptada a cada familia y a las peticiones de los progenitores. Habría que huir de medidas excesivamente detalladas, pero que a su vez fueran suficientemente concretas y claras para evitar problemas de interpretación. A título de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad pueden relacionarse las siguientes:

1.1. Entregas y recogidas en el centro escolar que eviten confrontaciones personales, cuando se prevea que el contacto directo entre los progenitores puede generar conflictividad.

1.2. Facilitar que la entrega y recogida la pueda llevar a cabo una tercera persona como familiares (abuelos/as, tíos/as) nuevas parejas, mamas o papas de otros niños o niñas del centro escolar, en general personas de confianza del progenitor/a, a quien le corresponde la recogida o entrega y que sean también conocidas por el hijo o la hija, ello cuando el progenitor/a tiene dificultades de flexibilidad horaria o puede preverse dicha dificultad. Con ello podrían evitarse incidencias, cada vez más frecuentes en la puerta de las escuelas, que son vividas de forma muy negativa por los y las menores.

1.3. Determinar los horarios de entrega y recogida cuando no pueda o deba llevarse a cabo en el centro escolar que evitará problemas de interpretación y de indefinición.

1.4. Establecer horarios para comunicaciones telefónicas con el fin de evitar interferencias o excesivo control por parte de uno u otro progenitor/a. El uso de móviles por los NN y a una edad cada vez más temprana, permite a los progenitores con los que el NN y A no se encuentra, el contacto diario y frecuente que puede ser interpretado por el progenitor/a guardador en ese momento como un exceso de control o como una interferencia parental. Establecer horarios de comunicación y normas de uso de los móviles por parte de los NN y A que obliguen a ambos progenitores puede evitar problemas de cumplimiento.

1.5. Aclarar qué documentación debe llevar el NN y A cuando se produce el cambio de guarda o se inicia el periodo de estancia con el otro progenitor/a para facilitar que el que tiene la guarda en cada momento pueda viajar con el NN y A o asistir al médico. Respecto a algunos documentos puede solicitarse un duplicado.

1.6. Especificar qué progenitor/a asume los gastos de desplazamiento cuando se produzcan para el cumplimiento del régimen de visitas.

1.7. Exigir mediación u otros medios de solución de conflictos como requisito de procedibilidad para plantear la demanda de ejecución.

4. Cumplimiento mirando al pasado o mirando al futuro. Cambio de circunstancias desde el dictado de la sentencia o del auto

La casuística de incumplimientos, sin entrar en las causas, resulta muy variada:

4.1. Incumplimientos puntuales que no perduran en el tiempo.
En ocasiones se plantean demandas en las que se denuncia un incumplimiento o varios incumplimientos en el pasado (retraso en la entrega, o no entrega). Se plantea la demanda de ejecución en la que se solicita que se declare que ha incumplido y que se le requiera para que cumpla en un futuro. Si hay cumplimiento futuro el procedimiento se limita a confirmar el incumplimiento sin más consecuencias que la imposición de las costas. Puede solicitarse la compensación, pero por regla general no se concede. Se planteó la compensación por la imposibilidad de cumplimiento en los periodos de confinamiento por razón de la pandemia en 2020 y por los Tribunales se acordaron compensaciones, pero no de forma aritmética. La compensación en esta medida tiene difícil encaje por el contenido afectivo y dinámico de la relación paterno y materno filial.

4.2. Incumplimientos parciales no sustanciales.
Son los supuestos en los que hay incumplimientos reiterados de horarios o de días que generan incidentes, conflictividad y falta de entendimiento. En estos casos las medidas que procede adop-

tar son las mismas, adaptadas a la entidad del incumplimiento, que en los supuestos de incumplimiento total.

4.3. Incumplimiento total y petición de cumplimiento transcurrido un periodo prudencial.

El principio del interés del menor y su consideración primordial impone un análisis de las circunstancias que concurren en el momento de plantearse la demanda ejecutiva. Con frecuencia nos encontramos con supuestos en los que se plantea la demanda ejecutiva solicitando el cumplimiento de un régimen de visitas que no se lleva a cabo desde hace tiempo. La medida acordada sobre la relación entre el hijo/a menor y el progenitor/a con el que no convive tiene vocación de continuidad. Si no ha habido continuidad, deben analizarse las causas, y ello, aunque la sentencia haya previsto una medida de futuro. La imposición de un régimen de contactos y de permanencias (el establecido en la sentencia o auto conforme a una realidad muy distinta) que no se ha cumplido durante un largo periodo de tiempo, sin que por los progenitores se haya solicitado medida alguna (modificación por el progenitor/a que tiene la guarda o demanda de ejecución por el otro progenitor/a) no se ajusta seguramente a las necesidades e intereses del NN y A.

El automatismo del cumplimiento en estos casos no resulta recomendable a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Dicho precepto establece criterios generales para interpretar y aplicar en cada caso el interés del menor, dentro de los cuales y a los efectos de este trabajo, cabe destacar (a) la satisfacción de las necesidades emocionales y afectivas, (b) la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior, (c) la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado, criterios que deben ser ponderados conforme a los elementos que relaciona entre los cuales se indica, (a) la edad y madurez del menor y (b) el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. Y señala que estos elementos "deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"; que "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes" pero "En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

Este precepto conforme a la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas que destaca la dimensión del interés del menor como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento, autoriza a que en fase de ejecución deba valorarse, si procede imponer el cumplimiento, si procede acordar un régimen progresivo que permita la reanudación de la relación con medidas de soporte (Punto de Encuentro, intervenciones psicosociales etc.) o no, o si procede acordar la suspensión. Y ello puede acordarse en sede de ejecución al amparo del art. 158 CC o de los preceptos que regulan las medidas cautelares o de protección en los distintos ordenamientos de las CCAA.

Hay algunas resoluciones de nuestros Tribunales que han exigido el cumplimiento en estos casos lo que obliga a plantear de inmediato demanda de Modificación de Medidas con solicitud de medidas provisionales. Así en un supuesto en que la sentencia prevé un determinado régimen de relación cuando el padre salga de prisión la Audiencia Provincial de Ciudad Real obliga a su cumplimiento, teniendo en cuenta que el régimen acordado es supervisado en un Punto de encuentro.[7]. En otro supuesto en que la madre marchó hace años de Alicante a La Rioja, la Audiencia Provincial de Valencia obliga a cumplir el régimen establecido al no haberse planteado por ninguno de los progenitores una modificación[8]

7. AAP, Civil sección 1 del 07 de octubre de 2022 (ROJ: AAP CR 367/2022 - ECLI:ES:APCR:2022:367A).
8. AAP, Civil sección 10 Valencia del 18 de julio de 2022 (ROJ: AAP V 804/2022 - ECLI:ES:APV:2022:804A).

5. Otras medidas

5.1. Mediación u otras formas alternativas de resolución de conflictos (MARS)

Como instrumentos que tienen como finalidad principal la pacificación del conflicto subyacente y la autocomposición de la decisión, constituyen medidas muy útiles para normalizar una situación de incumplimiento de la relación paterno o materno filial cuya causa suele ser compleja y en la que concurren intereses muy distintos. En el proceso de mediación puede acordarse en los casos que proceda y según la edad del NN y A la intervención del hijo/a. Puede proponerse en cualquier momento del procedimiento de ejecución. Y puede establecerse también como medida preventiva en la sentencia dictada en el proceso de familia como requisito de procedibilidad previo a la eventual demanda de ejecución.

5.2. Coordinación de parentalidad

La intervención del coordinador de parentalidad se acuerda en algunas sentencias como medida para facilitar el cumplimiento de la guarda compartida o de un determinado régimen de visitas[9] y se recoge también como recomendación para evitar la excesiva judicialización en los desacuerdos o incidencias que se plantean en el ejercicio de la potestad parental[10]. Se ha solicitado en algunas ocasiones como medida en un procedimiento de ejecución y se ha acordado juntamente o no con otras medidas (Punto de Encuentro y medidas terapéuticas) para normalizar la relación entre los hijos/as menores y el progenitor/a con el que no conviven[11], al amparo del art. 158 CC o normativa correspondiente de la CCAA.

5.3. Punto de Encuentro

Es una de las medidas más acordadas para normalizar y regularizar las relaciones paterno y materno filiales cuando el conflicto entre los progenitores o la imposibilidad de entendimiento o el tiempo transcurrido sin relación o la existencia de algún factor de riesgo, impide o hace desaconsejable el establecimiento de un régimen de relación ordinario y amplio. La regulación de los Puntos de Encuentro es diversa en tanto depende o de las CCAA o incluso de los Ayuntamientos, pero con carácter general puede afirmarse que se trata de un servicio que permite acordar dos o tres modalidades de intervención: la supervisada total o parcial limitada a dos horas dentro del establecimiento del Punto de Encuentro y la no supervisada en que el servicio se limita a ofrecer un espacio neutro para el intercambio en las entregas y recogidas de los NN y A que evita el contacto directo entre los progenitores, lleva a cabo un acompañamiento a los mismos en las entregas y recogidas y puede verificar de esta manera las reacciones del NN y A, la predisposición de cada progenitor/a y qué progenitor/a cumple o no cumple. La medida es temporal por su propia naturaleza y finalidad, aunque en algún caso excepcional puede ser necesaria su cronificación. Esta medida se adopta en ocasiones en los Autos de Medidas Previas o Provisionales y en sentencias, pero también puede acordarse en el transcurso de un procedimiento de ejecución al amparo del art. 158 CC o normativa correspondiente de la CCAA.

5.4. Terapias psicológicas

Los tribunales parten de la idea de que no puede imponerse como medida judicial una medida terapéutica a una persona adulta. En este sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de julio de 2016[12] que señala que las terapias no pueden ser impuestas como medidas de hacer, como tampoco puede imponerse la mediación, revocando la medida y sustituyéndola por una recomendación. Desde la perspectiva de la psicología una medida terapéutica requiere para su eficacia como elemento la voluntariedad de la persona que se somete a ella, pero

9. STSJ, Civil sección 1 del 26 de febrero de 2015 (ROJ: STSJ CAT 551/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:551); SAP, Civil sección 10 del 01 de marzo de 2023 (ROJ: SAP V 316/2023 - ECLI:ES:APV:2023:316); SAP, Civil sección 18 del 15 de febrero de 2023 (ROJ: SAP B 1831/2023 - ECLI:ES:APB:2023:1831); SAP, Civil sección 12 del 06 de febrero de 2023 (ROJ: SAP B 1502/2023 - ECLI:ES:APB:2023:1502); AAP, Civil sección 5 del 04 de octubre de 2022 (ROJ: AAP MU 884/2022 - ECLI:ES:APMU:2022:884A).
10. AAP, Civil sección 12 del 28 de febrero de 2023 (ROJ: AAP B 150/2023 - ECLI:ES:APB:2023:150A); AAP, Civil sección 2 del 09 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP TO 358/2022 - ECLI:ES:APTO:2022:358A).
11. AAP, Civil sección 10 del 30 de enero de 2023 (ROJ: AAP V 121/2023 - ECLI:ES:APV:2023:121A); AAP, Civil sección 10 del 01 de marzo de 2023 (ROJ: AAP V 200/2023 - ECLI:ES:APV:2023:200ª); AAP, Civil sección 10 del 24 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP V 2123/2022 - ECLI:ES:APV:2022:2123A).
12. STSJ, Civil sección 1 del 28 de julio de 2016 (ROJ: STSJ CAT 6067/2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:6067).

estas consideraciones no impiden que pueda adoptarse como medida complementaria. Hay sentencias que han acordado un trabajo terapéutico de todo el grupo familiar requiriendo la colaboración de los progenitores o que acuerdan una terapia para los hijos/as menores y la intervención de los progenitores si las personas que realizan la terapia así lo requieren o que condicionan la ampliación de un régimen de relación al resultado de la terapia familiar[13]. En trámite de ejecución también puede acordarse una terapia para normalizar la relación paterno o materno filial. En un supuesto de ausencia de relación entre madre e hija la Audiencia Provincial de Tarragona acordó una terapia en un procedimiento de ejecución revocando el Auto del Juzgado de Instancia que había denegado el despacho de ejecución[14]. La Audiencia Provincial de Sevilla acuerda en ejecución la interrupción del Punto de Encuentro y el sometimiento del menor a terapia familiar para reanudar la relación paternofilial[15]

6. Suspensión

6.1. Voluntad del NN y A

Tanto en los procedimientos declarativos como en los de ejecución, si se alega una voluntad en contra del NN y a relacionarse con alguno de sus progenitores, debe analizarse la realidad de la negativa, la capacidad natural y de comprensión del NN y A y las causas o motivaciones de dicha negativa. El art. 94 CC permite limitar o suspender el derecho de visita, comunicación y compañía si se dan "las circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplen grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". El art. 236-5 CCCat permite denegar o suspender el derecho de los progenitores a tener relaciones personales con los hijos o hijas, y también puede variar las modalidades de ejercicio del mismo, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o hijas.

En ocasiones la voluntad del NN y A permite afirmar que el incumplimiento del régimen de relación no es exclusivamente imputable al progenitor/a y se estima en todo o en parte la oposición planteada a la demanda de cumplimiento. En este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de noviembre de 2022[16], estima la oposición porque el incumplimiento no es exclusivo de la madre, la menor de 13 años ha expresado su voluntad de ver menos al padre y hay conflicto entre padre e hija; el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña de 6 de octubre de 2022[17] estima la oposición teniendo en cuenta la voluntad de la menor y su estado psicológico; el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 12 de mayo de 2022[18] no aprecia incumplimiento por parte de la madre porque la recogida del menor se lleva a cabo en el centro escolar sin intervención materna y es el hijo de 15 años el que se niega a ir con su padre y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de febrero de 2022[19] señala que un menor de 12 años no puede por sí mismo decidir si se relaciona o no con su padre sin acreditarse una justa causa que lo justifique, de la misma forma que no puede por el mismo decidir las parcelas educativa, sanitaria, ... de su vida, que la visitas no se cumplen por la decisión de la menor, sin que dicho incumplimiento sea imputable a la madre, realiza una serie de consideraciones sobre la conveniencia de introducir pautas más flexibles y acaba acordando un programa de actuación con designación de psicólogo.

No es acertado ni ajustado al interés del menor con carácter general delegar en el NN y A la decisión de cumplir o incumplir el régimen de relación. Los hijos/as tienen derecho a ser escuchados y a que se tengan en cuenta sus opiniones, pero no se les puede atribuir la facultad de decisión. En la misma línea considero desacertado en adolescentes que se establezca un ré-

13. SAP, Civil sección 2 del 22 de mayo de 2023 (ROJ: SAP S 758/2023 - ECLI:ES:APS:2023:758); SAP, Civil sección 12 del 18 de abril de 2023 (ROJ: SAP B 4687/2023 - ECLI:ES:APB:2023:4687)SAP, Civil sección 1 del 23 de febrero de 2023 (ROJ: SAP T 233/2023 - ECLI:ES:APT:2023:233); SAP, Civil sección 12 del 27 de enero de 2023 (ROJ: SAP B 776/2023 - ECLI:ES:APB:2023:776); SAP, Civil sección 2 del 23 de diciembre de 2022 (ROJ: SAP GI 1737/2022 - ECLI:ES:APGI:2022:1737)AAP, Civil sección 6 del 01 de junio de 2022 (ROJ: AAP MA 2635/2022 - ECLI:ES:APMA:2022:2635A).
14. AAP, Civil sección 1 del 01 de marzo de 2023 (ROJ: AAP T 41/2023 - ECLI:ES:APT:2023:41A).
15. AAP, Civil sección 2 del 21 de octubre de 2022 (ROJ: AAP SE 1688/2022 - ECLI:ES:APSE:2022:1688A).
16. AAP, Civil sección 1 del 22 de noviembre de 2022 (ROJ: AAP CO 284/2022 - ECLI:ES:APCO:2022:284A).
17. AAP, Civil sección 4 A Coruña del 06 de octubre de 2022 (ROJ: AAP C 483/2022 - ECLI:ES:APC:2022:483A).
18. AAP, Civil sección 4 Vizcaya del 12 de mayo de 2022 (ROJ: AAP BI 774/2022 - ECLI:ES:APBI:2022:774A).
19. AAP, Civil sección 10 Valencia del 21 de febrero de 2022 (ROJ: AAP V 76/2022 - ECLI:ES:APV:2022:76A).

gimen libre a decidir entre el progenitor/a y el adolescente. Hay que indagar sobre las razones o motivos de los NN y A cuando se niegan a relacionarse con una de las figuras parentales y en tal labor pueden aflorar situaciones de violencia, situaciones de manipulación o interferencia, problemáticas emocionales y psicológicas u otras causas, por lo que la labor no es nada sencilla. De nuevo la complejidad aparece como nota característica de la problemática lo que obliga a buscar soluciones variadas y adaptadas a los diferentes momentos evolutivos del NN y A con la exigencia de ejecuciones abiertas y evolutivas que casan mal con nuestra estructura procesal y la necesidad de mayores medios e intervención de profesionales que deben auxiliar al tribunal en la toma de decisiones.

6.2. Supuestos de violencia.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, firmado el 11 de mayo de 2011, art. 31, obliga a las partes a tomar las medidas legislativas u otras necesarias para que se tengan en cuenta los incidentes de violencia al fijar los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos y para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado en diciembre de 2017, documento refundido de 13 de mayo de 2019 incluye como eje cuarto la intensificación de la asistencia y protección de menores, su protección específica y su reconocimiento como víctimas directas de violencia y la necesidad de ampliar y mejorar las medidas, entre ellas la revisión de las medidas civiles relativas a la custodia de los menores como establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los arts. 65 y 66 LO 1/2004 (medida 204); prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género (medida 205).

La Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, modifica los apartados 6 y 7 del art. 544 ***ter*** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). El apartado 7 del precepto dispone que "cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial". Recoge el carácter imperativo de la suspensión si se dicta orden de protección.

Los arts. 65 y 66 LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, regulan las medidas de suspensión de la patria potestad, guarda y visitas, pero con carácter facultativo.

El art. 94 del CC ha sido modificado por Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El art. 94 dispone que "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia y si existiera se suspenderá respecto del progenitor que esté incurso en un proceso por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia fundada de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial, podrá establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés del menor o en la voluntad, deseos o preferencias del mayor con discapacidad previa evaluación de la situación de la relación paterno filial. No procederá en

ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior".

El precepto habla inicialmente de estancias y visitas, pero debe hacerse extensivo a las comunicaciones que también recoge cuando contempla la excepción. Y prevé tanto el no establecimiento de visitas como la suspensión de las mismas si existe un régimen prestablecido.

Dicho precepto no es aplicable en todo el territorio nacional. Hay que tener presente en el País Vasco, la Ley 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores que excluye en el art. 11 la guarda individual o compartida y el establecimiento de un régimen de estancia, relación y comunicación en los supuestos de condena penal firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas hasta extinción de la responsabilidad penal y que el Juez tenga en cuenta los indicios fundados de la comisión de dichos delitos como circunstancias relevantes a los efectos del establecimiento o modificación de las medidas, contemplando la posibilidad de fijar un régimen con carácter excepcional. En Cataluña en el Codi Civil Catalán reformado por Decreto-Ley 26/2021 de 30 de noviembre que modifica el art. 233-11 que impide atribuir la guarda y fijar régimen de estancias, comunicación o relación, o si existen se tienen que suspender, cuando haya indicios fundados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista, o si esta incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad y la indemnidad sexual del otro progenitor o sus hijos o hijas, o esté en situación de prisión por estos delitos y mientras no se extinga la responsabilidad penal aunque excepcionalmente permite establecer de forma motivada un régimen de estancias, relación o comunicación en interés de la persona menor, una vez escuchada, si tiene capacidad natural suficiente. También el art. 236-5 en el mismo sentido. En Navarra en la Compilación de Derecho Civil Foral, la Ley 71 impide la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por los mismos delitos y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos. La Ley 74 regula las medidas de protección de menores. En el Código de Derecho Foral de Aragón en sentido similar el art. 80 impide la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por los mismos delitos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

No procede en este trabajo analizar con detalle la oportunidad, la sistemática y las dificultades de aplicación de dichos preceptos, por qué la reforma se introduce en la Ley 8/2021 de 2 de junio de Personas con Discapacidad y no en la LO 8/2021 de 4 de junio de Protección Integral que reforma el art. 92 CC y 544 ter LECr, la ausencia del dictamen del Consejo de Estado, informe del CGPJ o del Consejo Fiscal, el automatismo de la suspensión sin posibilidad de atención al caso concreto y la continuidad en la ausencia de medios adecuados para valorar e identificar el riesgo entre otros.

Se analiza la posibilidad o no de acordar la suspensión del régimen de relación o estancias en sede de ejecución. La respuesta a dicha cuestión debe ser positiva, aunque con matizaciones. Cabe diferenciar dos supuestos: uno, que se haya instado o esté en trámite un procedimiento de ejecución cuando se produce el hecho que determina la suspensión y dos, cuando no haya procedimiento de ejecución en trámite. Si hay procedimiento instado, como se ha señalado anteriormente, caben

medidas de protección en el seno de un procedimiento de ejecución por lo que constatada la concurrencia de los supuestos contemplados en el art. 94 CC procederá acordar la suspensión del régimen de visitas en el proceso ejecutivo, salvo que el interés del menor justifique la no suspensión para lo que el art. 94 exige especial motivación. Si no hay un procedimiento instando la suspensión deberá solicitarse en un procedimiento de modificación de medidas.

Hay que tener en consideración la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencia de 20 de junio de 2023[20] que a su vez se remite a la del Tribunal Constitucional en la que señala que estar incurso en causa penal opera "como condicionante negativo para la atribución de la custodia de la niña […] No así, necesariamente, para fijar un régimen de visitas a favor del padre, como ha admitido la STC 106/2022, de 13 de septiembre[21] que descartó la inconstitucionalidad del art. 94, párrafo cuarto, del CC, precisamente por regular la posibilidad de que el juez, en interés del menor, pueda fijar motivadamente un régimen de visitas a favor del progenitor inmerso en un procedimiento de esta naturaleza". En dicha sentencia se señaló que "el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género [...] será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos".

7. Indemnización de daño moral por incumplimiento

Con carácter previo cabe señalar que no es pacífica la convivencia entre el derecho de familia y el derecho de daños y que hay parte de la doctrina que defiende la inaplicabilidad de las normas generales de responsabilidad civil cuando el daño se produce en el seno de las relaciones familiares aludiendo al carácter autosuficiente y autónomo del derecho de familia. Se habla de régimen de impunidad en las relaciones de familia y se hace una predicción de incremento importante de la litigiosidad caso de quebrarse la impunidad, valorándose negativamente el incremento de litigiosidad cuyo efecto no sería tampoco positivo en la convivencia familiar y afectaría de forma negativa al interés del menor. La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 19 de enero de 2023[22] expone de forma clara la evolución de los Tribunales sobre esta materia, aunque en referencia a la responsabilidad por ocultar la paternidad y señala la ausencia de unidad de criterio en estos temas y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de junio de 2017[23] señala los efectos negativos de un más que previsible inflación de pleitos. Si bien, cabe precisar que la mayor parte de literatura y de sentencias se han enfrentado al supuesto de ocultación de paternidad y no tanto al incumplimiento del régimen de visitas.

La responsabilidad civil por incumplimiento del régimen de visitas puede exigirse como responsabilidad derivada del delito de desobediencia a la autoridad del art. 556 del Código Penal (CP) si la medida está establecida en sentencia o del delito de sustracción de menores del art. 225 bis CP. La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo modificó el CP suprimiendo las faltas por incumplimiento de las obligaciones familiares (arts. 618,2 o 622 CP)

Los preceptos sustantivos que regulan las medidas derivadas de la ruptura matrimonial y no matrimonial no contemplan de forma específica la indemnización del daño moral por incumplimiento. En cualquier caso, el art. 1902 CC no excluye el daño derivado de actuaciones en el

20. STS, Civil sección 1 del 20 de junio de 2023 (ROJ: STS 2727/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2727).
21. STC, Constitucional sección 1 del 13 de septiembre de 2022 (ROJ: STC 106/2022 - ECLI:ES:TC:2022:106).
22. SAP, Civil sección 2 del 19 de enero de 2023 (ROJ: SAP BA 224/2023 - ECLI:ES:APBA:2023:224).
23. SAP, Civil sección 5 del 13 de junio de 2017 (ROJ: SAP CA 807/2017 - ECLI:ES:APCA:2017:807).

contexto de las relaciones familiares y aunque las dificultades para determinar la causa de un incumplimiento y su imputabilidad son evidentes cuando el hecho a enjuiciar es complejo, cabe prever la posibilidad de plantear una reclamación por daño en determinados supuestos.

Desde la perspectiva del derecho procesal hay autores que defienden que la indemnización de daños y perjuicios podría tener cabida en el art. 709,3 LEC al establecer que además de las multas coercitivas se pueden solicitar otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante[24]. La vía sería la de los arts. 712 y ss LEC y es desde esta perspectiva que el tema tiene interés dentro de esta ponencia. Aunque la vía procesal más adecuada para reclamar es la del procedimiento declarativo que corresponda según la cuantía, normalmente el declarativo ordinario.

La mayor parte de la doctrina suele plantearse la posibilidad o no de la indemnización por incumplimiento del régimen de visitas desde la perspectiva del progenitor/a no guardador que reclama frente al guardador que incumple, pero también podría plantearse frente al progenitor no guardador que no cumple y que puede generar un daño moral al hijo/a (no olvidemos que el derecho es del hijo/a y que para el progenitor/a no guardadora constituye un deber además de un derecho)[25] o un daño material al progenitor/a guardador/a que tiene mayores gastos provocados por el incumplimiento. Se incluye también dentro de este capítulo la reparación del daño o reparación in natura consistente en compensar los tiempos en que el hijo/a debería haber estado con el progenitor/a. Si nos atenemos no solo al daño moral sino al daño material, podríamos incluir la indemnización por los gastos generados por el incumplimiento (gastos de desplazamiento a uno u otro progenitor, de canguro etc.)[26]. La variedad de supuestos pensables son muchos, pero es cierto que el planteamiento inicialmente se nos antoja ajeno porque la finalidad de la petición de cumplimiento de un régimen de visitas es conseguir que se cumpla y que ambos progenitores se relacionen con normalidad con el hijo/a menor. Esta es la finalidad porque el derecho incumplido solo consigue total satisfacción mediante el cumplimiento in natura. Los demás efectos y especialmente la posible indemnización por daño parte ya de una base de incumplimiento en el pasado, es decir, su naturaleza es ajena o cuanto menos extraña a la que en un principio deberíamos atender. De ahí la necesidad de acudir previamente al procedimiento de ejecución para obtener el cumplimiento siendo la reclamación de indemnización por daño subsidiaria a la anterior y de ahí también la dificultad de encajar el derecho de daños en el derecho de familia. Es decir, la petición de cumplimiento in natura mira hacia al futuro mientras que la reclamación de daño mira hacia el pasado.

Otra dificultad es la de acreditar que el incumplimiento del régimen de visitas sea imputable a uno solo de los progenitores. Las relaciones son complejas y en ocasiones es difícil individualizar responsabilidades. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2015[27] desestima la petición porque no se prueba que el fracaso del régimen sea imputable a la progenitora, ni que sea reiterado, permanente e irreversible y lo encuadra en un contexto de conflictividad familiar en el que no es ajeno el comportamiento del progenitor que reclama. La sentencia hace referencia a la concurrencia de especialidades derivadas de la misma índole de los deberes impuestos que tienen por base relaciones afectivas no siempre concurrentes y habla de conductas que se entremezclan.

Hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009[28] que declara la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares al amparo del art. 1902 en un supuesto que ha sido calificado de excepcional. El Tribunal fijó una indemnización de 60.000 euros a favor de un padre a quien se atribuyó la guarda por el riesgo que suponía la guarda materna y en que la madre marchó con el hijo a Florida a una sede

24. Los incumplimientos del régimen de visitas y sus consecuencias jurídicas. Romero Coloma.
25. SAP, Civil sección 10 del 22 de febrero de 2011 (ROJ: SAP M 1877/2011 - ECLI:ES:APM:2011:1877) deniega indemnización reclamada por la madre en representación del hijo contra el padre que no cumple, con voto particular que estima la reclamación.
26. SAP, Civil sección 2 del 08 de abril de 2002 (ROJ: SAP CA 958/2002 - ECLI:ES:APCA:2002:958).
27. SAP, Civil sección 12 del 26 de marzo de 2015 (ROJ: SAP M 3678/2015 - ECLI:ES:APM:2015:3678).
28. STS, Civil sección 1 del 30 de junio de 2009 (ROJ: STS 4450/2009 - ECLI:ES:TS:2009:4450)

de la Iglesia de la Cienciología y no fue posible la ejecución de la sentencia española en EEUU. En este caso el Tribunal entendió, en contra del criterio del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia, que la acción no había prescrito por tratarse de un daño continuado cuyo plazo debía computarse desde el momento del cese de la potestad y reconoció la indemnización al margen de que pudieran ejercitarse acciones penales por desobediencia. Resalta también las dificultades de cuantificar el daño moral al carecer de parámetros objetivos y hace referencia a que el padre no ha reclamado los daños materiales que le puedan haber ocasionado los diferentes procedimientos.

Se recogen otras sentencias de Audiencias Provinciales que han tratado este tema como la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 14 de marzo de 2016[29] en que había condena penal de la madre por incumplimiento con reserva de acción civil para el padre cuyo plazo de prescripción entiende la Sala se inicia desde la fecha de la firmeza de la sentencia penal y fija una indemnización de 15.000 euros teniendo en consideración el tiempo del incumplimiento (unos tres años) y la sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de marzo de 2015 que desestimo la reclamación por falta de prueba de la responsabilidad individual del incumplimiento por parte de la madre.

8. Régimen de visitas. Ejecución en el extranjero y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

8.1. Instrumentos Internacionales

Hay una tendencia a solicitar al Juzgado de España que ha dictado las medidas el cumplimiento o ejecución del régimen de visitas establecido en aplicación de la LEC (Arts. 545,1 y 709) sin tener en consideración las fuentes de aplicación que regulan como y donde debe plantearse la petición de cumplimiento.

Si la persona menor ya no tiene residencia en España y el cumplimiento del régimen de visitas debe iniciarse o llevarse a cabo en el Estado de su residencia, cabe distinguir dos supuestos:

a) que el Estado sea de la Unión Europea (UE) en cuyo caso debemos acudir al Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, arts. 51 y ss.; 42 y ss. y formulario Anexo IV.

b) que el Estado no sea miembro de la UE pero sí del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, arts. 23 y ss.

c) cualquier otro Estado con el que haya Convenio Internacional.

En caso contrario, que deba solicitarse la ejecución en España, las fuentes son las mismas y si no hay Reglamento o Convenio, hay que acudir al procedimiento de exequatur de la Ley de Cooperación Judicial Internacional.

8.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) contempla la relación entre los progenitores y los hijos como un elemento esencial de la vida familiar a los efectos del art. 8 del Convenio y que las medidas internas que impidan esta relación constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. No es posible en este trabajo hacer un análisis detallado y exhaustivo de las resoluciones del TEDH sobre esta materia por lo que se recogen algunas de las que se consideran relevantes y las resoluciones más recientes:

- La Sentencia de 13 de julio de 2000 caso Elhoz c. Alemania30 condenó a Alemania por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de

29. SAP, Civil sección 1 del 14 de marzo de 2016 (ROJ: SAP P 43/2016 - ECLI:ES:APP:2016:43)
30. STEDH, Europea sección 1 del 13 de julio de 2000 (ROJ: STEDH 49/2000)

la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. Se dice en esta sentencia que "El Tribunal recuerda que el concepto de familia con arreglo a este artículo no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones «familiares» factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula «familiar» desde su nacimiento y por el hecho mismo de este último. En consecuencia, entre el hijo y sus padres existe un lazo constitutivo de una vida familiar. El Tribunal recuerda además que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento principal de la vida familiar, a pesar de que se haya roto la relación entre los padres, y que las medidas internas que impidan tales relaciones constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio. El Tribunal considera que las decisiones que niegan al solicitante el derecho de visita deben considerarse una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida familiar, garantizado por el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio. Esta injerencia representa una violación del artículo 8, salvo que ésta esté «prevista por la ley», persiga uno o varios fines legítimos a tenor del párrafo 2 de dicha disposición, y pueda considerarse «necesaria en una sociedad democrática».

- La Sentencia de 6 de septiembre de 2018, asunto Jansen c. Noruega (nº 42590/21)31, en un supuesto en el que la menor queda a cargo los servicios de infancia y en un hogar de acogida y se deniega contacto con los padres inicialmente fijado de una hora con ambos progenitores supervisados de cuatro veces al año, por entender que hay riesgo de secuestro y riesgo físico y psíquico, valorando el entorno de violencia de la familia, especialmente el del entorno de la madre, el Tribunal considera que se ha llevado a cabo una valoración exhaustiva del caso, que hay riesgo real de secuestro, riesgo psíquico y que hay signos de que la menor ha sufrido negligencia, aceptando que las decisiones de las autoridades nacionales se tomaron en lo que consideraban el interés superior del niño, pero sostiene que en el presente caso, las posibles consecuencias negativas a largo plazo de perder el contacto con su madre para A y el deber positivo de tomar medidas para facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea razonablemente posible no se sopesaron suficientemente, y afirma que ha habido violación del art. 8 de la Convención.

- La Sentencia de 9 de marzo de 2023 sección 5ª del TEDH. Pleshkov and Pleshkova c. Ucrania (nº 5793/20)32. En un caso de incumplimiento de un régimen de visitas establecido entre una hija y un padre en el que se impuso una multa a la madre, no se siguió causa penal, se constató la influencia de la misma en generar temor de la hija respecto del padre con derivación a los servicios sociales cuya intervención no consta el TEDH destaca lo limitado de las medidas coercitivas impuestas a la madre, así como que tampoco se proporcionaron los medios para facilitar los contactos de la hija con el padre a quien no se reprocha que no interesare la custodia de la misma. En sentido similar sentencia de 9 de marzo de 2023, sección 5ª del TEDH, Dubas c. Ucrania (nº 51222/20)33.

- La Sentencia de 9 de marzo de 2023, sección 1ª del TEDH, Horvatovich c. Hungría (nº 12141/16)34. En un caso en el que, tras un divorcio con custodia de la hija para la madre, el padre insta la ejecución y además dos solicitudes de puesta de la hija bajo la tutela de la administración ante el riesgo que entendía le afectaba y que no se vieron atendidas en más de seis años, se derivó a mediación que no surtió efecto al cumplir la hija los 18 años, el TEDH señala que los retrasos del tribunal nacional afectaron a las relaciones del padre con la hija y entiende que si existe por ello vulneración del art 8 del Convenio.

- Sentencia de 4 de abril de 2023, sección 2ª del TEDH, Boc□a c. República de Moldavia. (nº 6147/18)35. Caso de no ejecución de un régimen de visitas solicitado por el padre con toda

31. STEDH, Europea sección 5 del 06 de septiembre de 2018 (ROJ: STEDH 2053/2018 - ECLI:CE:ECHR:2018:0906JUD000282216).
32. STEDH, Europea sección 5 del 09 de marzo de 2023 (ROJ: STEDH 308/2023- ECLI:CE:ECHR:2023:0309JUD000578320).
33. STEDH, Europea sección 5 del 09 de marzo de 2023 (ROJ: STEDH 309/2023- ECLI:CE:ECHR:2023:0309JUD005122220).
34. STEDH, Europea sección 1 del 09 de marzo de 2023 (ROJ: STEDH 306/2023- ECLI:CE:ECHR:2023:0309JUD001214116).
35. STEDH, Europea sección 2 del 04 de abril de 2023 (ROJ: STEDH 443/2023 - ECLI:CE:ECHR:2023:0404JUD000614718)

una problemática de acusación de actos de violencia no corroborados constando que en el momento de fijarse el régimen de visitas la madre no se había opuesto a las mismas (pese a que luego indicó que existía violencia previa). El TEDH no entra en la realidad o no de ello, pero destaca la necesidad de que se hubiere dado una adecuada respuesta a las solicitudes planteadas por el padre de cara a la ejecución de las visitas (que no obtuvieron respuesta adecuada) que se vio privado por ello del derecho de visitas por no haberse respetado su derecho a un proceso justo.

Contrasta las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con las deficiencias de la política legislativa para implementar un régimen de contactos o de estancias cuando hay riesgo o cuando hay incumplimiento y ello pone de relieve la necesidad de dotar a los tribunales de mayores medios personales y materiales, la necesidad de establecer redes entre diferentes servicios y profesionales y en definitiva la necesidad de especialización de los Tribunales de Familia y de los operadores jurídicos y no jurídicos que intervienen en estos procesos, además de regular un procedimiento específico para ello dotado de la flexibilidad necesaria y con las debidas garantías para todos los miembros de la familia implicados, especialmente para el NN y A.

BIBLIOGRAFIA

- Últimas reformas legales de familia en las medidas de guarda, estancias, comunicaciones y atribución del derecho de uso de la vivienda familiar. MARGARITA CARMEN PEREZ-SALAZAR RESANO. Encuentro de jueces de violencia sobre la mujer con jueces de familia (2022); Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 31 Año: 2022.
- Cuestiones procesales controvertidas en la ejecución de resoluciones dimanantes de procesos de familia. JOSÉ PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ. Encuentro de magistrados de las secciones de las Audiencias Provinciales de derecho de familia y jueces de familia (2019). Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 67 Año: 2019.
- Régimen de estancias, visitas, comunicaciones y relación con los menores tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. BLANCA SILLERO CROVETTO. Actualidad jurídica iberoamericana, ISSN 2386-4567, Nº. Extra-16, 2, 2022.
- Régimen de visites: 5. Incumplimientos. Los menores ante la separación de sus padres / ALEJANDRO ANDRÉS MARTÍN MOLINA - Madrid: La Ley, 2023.
- El régimen de visitas. Consecuencias de su incumplimiento. SONIA SETIÉN REDONDO. Repertorio de Ponencias del Centro de Estudios Jurídicos. - 2022 - p. 26.
- Daño moral en las relaciones familiares, ESTHER FARNÓS AMORÓS en Fernando Gómez Pomar / Ignacio Marín García (Eds.), El daño moral y su cuantificación, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 2023, pp. 531-579.
- Los incumplimientos del régimen de visitas y sus consecuencias jurídicas. AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA. Responsabilidad civil en el marco del derecho de familia / Aurelia María Romero Coloma - Madrid: Dilex, 2021.
- Criterios interpretativos para la suspensión en el proceso de familia del régimen de visitas en supuestos de violencia de género. JUAN LUIS ORTEGA CALDERÓN. Revista Digital Violencia Doméstica y de Género. - Madrid: Sepín, 2022. -- Nº 31, Enero 2022. -- 18 p.

PROBLEMÁTICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE ACUERDA LA EXTINCIÓN DEL PROINDIVISO

Juan M. Ávila de Encío

Legislación aplicable en ejecución I

La ejecución esta regulada en los arts. 517 a 720 de la LEC y se pueden dividir en dos grupos: Dinerarias (art. 571) y no dinerarias (art. 699)

La ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento de división de cosa común se clasifica como **ejecución no dineraria**, porque la sentencia no condena a pagar ninguna cantidad de dinero a ninguna de las partes a favor de otra de las partes

Las ejecuciones no dinerarias, están reguladas en los **arts. 699 a 720** de la LEC, pero ninguna de sus figuras o instituciones se ajusta con exactitud a la división de cosa común

No existe ningún procedimiento específico que regula la venta de la cosa común. Entonces **¿Qué normas se aplican?**

Legislación aplicable en ejecución II

a) Aplicar los arts. 655 y siguientes de la **LEC** que regulan las subastas de bienes inmuebles,
pero surge el inconveniente que en la ejecución de división de cosa común no hay ningún acreedor, ni deudor, ni embargo de bienes, es decir, no es un procedimiento de apremio.

b) Aplicar los arts. 108 a 111 de la **Ley de Jurisdicción Voluntaria**, sobre los expedientes de subastas voluntarias,
pero también surge el inconveniente que no estamos en presencia de un expediente de jurisdicción voluntaria puro, ya que estamos ante un procedimiento de ejecución de una sentencia

c) Posible solución: Aplicar ambos textos legales en la parte que resulte razonable en atención a la naturaleza del hacer y las circunstancias que concurran (art. 705 LEC).

Jurisprudencia STC, Sala 2ª, resolución 182/2011 de 21 de noviembre

Sentencia de 21-11-2011 del Tribunal Constitucional Sala 2ª, nº 182/2011, BOE 306/2011, de 21 de diciembre de 2011, rec. 1463/2010:

- **Distingue** entre los casos de ejecución de **obligaciones dinerarias** en donde se subasta un bien inmueble, **de aquellos otros casos en que se procede a la liquidación de un bien matrimonial,** donde ambos son titulares del bien inmueble y ambos se ven sujetos a su conversión en dinero.

- De allí que en principio resultan **aplicables las reglas de la subasta** previstas en la Ley de enjuiciamiento civil, ello ha de serlo hasta el punto en **que resulte razonable** la asimilación.

Jurisprudencia AAP Madrid Sección 8ª 75/2012, de 20 de marzo

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, en un auto dictado el 20 de marzo de 2012, Nº de Recurso: 204/2011 y Nº de Resolución: 75/2012 al resolver un recurso de apelación respecto de la subasta celebrada para la división de una finca perteneciente a varios herederos señaló que

"la primera especialidad a tener en cuenta, por razón de la naturaleza de la ejecución en curso, que no se refiere a una deuda, sino a un determinado bien objeto de división entre sus copropietarios, es la **inexistencia de partes ejecutantes y ejecutadas**, **pues todos ellos se encuentran en el mismo plano procesal de derechos y deberes**, y por ende para ejercitar las facultades que la ley establece en cuanto a la **posibilidad de concurrir en igualdad** con los restantes copropietarios en la subasta y posteriores actuaciones que pudieran derivarse en la aplicación de dicho régimen jurídico general."

Jurisprudencia AAP Tenerife, Sección 4ª, 60/2009, de 15 de abril

Existe una diferencia fundamental entre

- Aquellos casos en que en el **procedimiento de apremio** se saca a subasta un bien embargado para atender al pago de una cantidad dineraria que ha sido condenado el ejecutado a abonar al ejecutante acreedor

- Aquellos otros casos de la **división de un bien común**, del que ambos, ejecutante y ejecutado, son propietarios y son acreedores en igual proporción del producto que se obtenga con la subasta del bien. Ha de seguirse la normativa prevista en la LEC, teniendo en cuenta que ambos o cualquiera de ellos, podrán ocupar, indistintamente, la posición de ejecutante/ejecutado o de acreedor/deudor, según lo requiera la normativa aplicable en cada caso. Atribuir al que insta la subasta el carácter de ejecutante nos parece desacertado, por mucho que formalmente pueda serlo.

Certificación de dominio y cargas + anotación en el RP I

Es preciso tener en cuenta el art. 656 LEC y el art. 111.3 LJV, pero con ciertos matices:

En cuanto al **contenido** de la certificación de dominio y cargas se aplica el art. 656 de la LEC, el registrador expedirá certificación en la que consten:

- Titularidad del dominio
- Relación completa de las cargas inscritas

En cuanto al **lugar exacto** donde hacer constar la expedición de dicha certificación aplicar el art. 111.3 de la LJV, esto es, hacer constar mediante nota que se ha expedido dicha certificación al margen de la última inscripción de dominio vigente y recalcando que se está ejecutando una sentencia que contiene el mandato jurisdiccional de sacar el bien a pública subasta con intervención de licitadores extraños.

Certificación de dominio y cargas + anotación en el RP II

- No será de aplicación el **plazo de caducidad** de seis meses previsto en el artículo 111.3 en consonancia con el artículo 21, ambos de la LJV, porque realmente estamos tramitando un procedimiento de ejecución de sentencia y no un expediente de jurisdicción voluntaria.

- Comunicaciones por medios electrónicos entre Juzgado - Registro de la Propiedad – Portal de Subastas del BOE

Certificación de dominio y cargas + anotación en el RP III

a) Ejemplo de **subasta en procedimiento de apremio** (no voluntaria):

- Inscripción 1ª de dominio a favor de ...
- Inscripción 2ª de hipoteca a favor de ... para responder de x €.
- Anotación de embargo A) ordenada por el juzgado ... a favor de ... para responder de x €.

La nota marginal se realiza al margen de la carga que es objeto de ejecución.

b) Ejemplo de **subasta de división de cosa común <u>sin</u> cargas anotadas**:

✓ Inscripción 1ª de dominio a favor de los copropietarios x, y, z, w...

✓ No existen más inscripciones o anotaciones

En las subastas de división de cosa común, cuando no existe ninguna carga, no se podrá practicar una nota marginal respecto de una carga que no es objeto de subasta.

c) Ejemplo de **subasta de división de cosa común <u>con</u> cargas anotadas**:

➢ Inscripción 1ª de dominio a favor de los copropietarios doña X, y don Z

➢ Inscripción 2ª de hipoteca a favor de ... para responder de x €

La ejecución de división de cosa común no se puede anotar al margen de la inscripción 2ª de hipoteca porque no estamos ejecutando la hipoteca.

Condiciones Particulares de la subasta. Tramitación I

La venta judicial en pública subasta de una cosa común de todos los litigantes es equiparable a una compraventa privada

En las condiciones particulares en que **no exista acuerdo** entre los comuneros será el Juzgado quien decida cómo resolver esa discrepancia

En las cuestiones en las que **si exista conformidad** entre los copropietarios y resulte razonable se estará a dicho acuerdo

Ejemplo: Valoración del bien a subastar, en caso de no consensuar las partes el valor de tasación se designará por el Juzgado un perito tasador.

Condiciones Particulares de la subasta. Tramitación II

La LEC no establece un determinado trámite para fijar las Condiciones Particulares de la subasta

El art. 110.3 letra c) de la LJV hace referencia a que en la solicitud de expediente de subasta voluntaria se acompañará un pliego de condiciones particulares. Pero tampoco resulta exactamente aplicable, porque no se inicia con una solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria, sino con una demanda de ejecución de título judicial (art. 549.1 y 2 LEC)

Por el **principio de contradicción** lo más razonable resulta o bien conceder un plazo a todas las partes o copropietarios para que puedan hacer alegaciones sobre las condiciones particulares, o bien señalar una comparecencia.

Condiciones Particulares de la subasta. Tramitación III

Las Condiciones Particulares serán fijadas por el LAJ por medio de una diligencia de ordenación o decreto y siempre previo a la subasta

Es necesario aportar seguridad jurídica, para los copropietarios y los postores, porque serán de obligado cumplimiento para todos incluido el propio Juzgado, es decir, determinar, tanto los artículos de la LEC y de la LJV que resulten aplicables, como los que devienen en inaplicables

Examen de las Condiciones Particulares I

A. **Valoración de los bienes**: Puede ser por consenso de todos los copropietarios, en caso contrario, se procederá a su valoración por perito designado judicialmente (art. 638 LEC).

B. **Formación de lotes**: Decide el LAJ previa audiencia a las partes por 5 días (art. 643.3 LEC)

C. **Situación posesoria**: Los copropietarios deben saber si existen arrendatarios u ocupantes con derecho a poseer el inmueble, a efectos de dar la necesaria publicidad a los potenciales postores.
   En caso de existir dudas sobre el derecho de los ocupantes, tramitar el incidente del art. 661 y 675 LEC

D. Licitadores **consignar el 5%** del valor de los bienes, para participar en la subasta ¿Pueden todos los copropietarios de común acuerdo elevar dicho porcentaje?

Examen de las Condiciones Particulares II

E. Establecer un **precio mínimo de adjudicación**, por debajo del cual no se celebre la compraventa: El art. 111.6 LJV prevé esta posibilidad, el problema es que si se establece un precio mínimo muy por encima del precio de mercado la subasta siempre resultará desierta y la sentencia no se podrá ejecutar. La solución puede ser en caso de subasta desierta, volver a celebrar otra subasta sin precio mínimo.

   El art. 111.6 LJV también contempla la posibilidad que el solicitante de la subasta voluntaria se reserve expresamente el derecho a aprobar el remate de la subasta. Esta posibilidad queda descartada en las divisiones de cosa común.

F. Los **copropietarios podrán participar en la subasta** sin esperar a que lo haga ningún postor

Examen de las Condiciones Particulares III

G. Los **copropietarios** para participar en la subasta **¿tienen que consignar el depósito del 5%?** Lo razonable es que, o bien todos tengan que consignar dicho depósito, o bien ninguno tenga que hacerlo, por el **principio de igualdad**.

   Lo habitual es que no tengan que consignarlo. Inconveniente: que el copropietario mejor postor quiebre la subasta sin sufrir la pérdida del depósito

   Para evitar la repetición de la subasta el art. 648 regla 6ª y 652.1 LEC prevén que el postor indique si consiente o no la reserva de postura. Ejemplo: Finca valorada en 100.000 €

   Postor A: ofrece 90.000 € y quiebra la subasta
   Postor B: ofrece 80.000 € sin reserva de postura
   Postor C: ofrece 70.000 € con reserva de postura
   Si el mejor postor "A" quiebra la subasta, se adjudicaría al siguiente "C"

Examen de las Condiciones Particulares IV

H. Ceder el remate a un tercero: Por el principio de igualdad lo razonable es que todos los copropietarios, en caso de resultar mejor postor, puedan ceder el remate a un tercero

I. Mejor postor un copropietario, deberá **consignar solo la diferencia entre el precio del remate y su cuota de participación**, más su parte proporcional en los gastos de la subasta una vez que sean conocidos

J. Quiebra de la subasta: Los depósitos de los que han quebrado la subasta se destinaran: 1º a pagar los gastos de la nueva subasta. 2º se entregará a los copropietarios hasta compensar la disminución del precio que se haya producido en el nuevo remate. 3º lo que quedaré se devolverá a los depositantes. (art. 653.2 LEC)

¿Se puede cambiar el destino de los depósitos por acuerdo de los copropietarios?

Examen de las Condiciones Particulares V

K. No resulta aplicable el art. 670.4 párrafos 1º y 2º LEC:

Cuando la mejor postura sea inferior al 70%, el ejecutado podrá presentar en 10 días un tercero que mejore,

en su defecto, el ejecutante podrá en 5 días pedir la adjudicación por el 70%.

(Auto nº 75/2012, fecha 20-03-2012, Sección 8ª AP Madrid, Recurso 204/2011)

L. Si la **mejor postura es inferior al 50%,** el LAJ resolverá sobre la aprobación del remate (art. 670.3 párrafo 3º LEC)

Examen de las Condiciones Particulares VI

M. Subsistencia o cancelación de las cargas registrales existentes: Caben varias opciones:

Opción A) **No** se cancelan las cargas registrales existentes, porque la venta en subasta judicial de una cosa común es equiparable a una compraventa privada ante Notario, en la que el comprador adquiere el inmueble con todas las cargas existentes, aunque únicamente responde con el bien y no personalmente con su patrimonio.

Opción B) **Si** se cancelan las cargas registrales existentes. Es necesario el consentimiento del titular de la carga que se pretende cancelar. Una forma de prestar su consentimiento en la ejecución es a través del art. 640 LEC

Examen de las Condiciones Particulares VII

Es conveniente el **máximo de transparencia** en las subastas, sobre todo cuando no se cancelan las cargas existentes, para que los potenciales interesados en la subasta conozcan las cantidades en las que se subrogan y que, por tanto, tendrán que pagar, con independencia del precio de la compraventa.

Para dar dicha transparencia, lo deseable es que los copropietarios aporten al Juzgado, para su publicación en el Portal de Subastas del BOE, los siguientes documentos:

- Certificación del **acreedor hipotecario** o del acreedor de la anotación de embargo con las **cantidades adeudadas**
- Certificación del administrador de la comunidad de propietarios, con el visto bueno del presidente, en el que conste el **importe pendiente de abonar por las cuotas de la comunidad**
- Copia de los cuatro últimos **recibos del IBI** abonados

De esta forma los posibles interesados en adquirir el inmueble conocerán las cantidades exactas en las que se subrogan, a efectos de poder formular sus pujas descontando la cantidad en la que se subrogan

Examen de las Condiciones Particulares VIII

Las cargas que accedan al Registro con **posterioridad** a la expedición del certificado de dominio y cargas **no se cancelan** y el adquirente queda subrogado en las mismas (Resolución DGRN 11-09-2017) , porque el certificado de dominio y cargas no tiene los efectos de purgar las cargas posteriores del art. 656 LEC, ya que por aplicación del art. 113.3 LJV **tiene únicamente efectos informativos de la subasta** judicial de división de cosa común. Distinguir entre:

- Subastas forzosas o en vía de apremio ocasionadas por un acreedor para percibir las cantidades debidas de su deudor.
- Subastas voluntarias o de división de cosa común en las que la subasta se produce a instancia de un copropietario con el único objetivo de poner fin al proindiviso, es decir, se está ejercitando una facultad inherente a la propia situación de copropiedad como es una compraventa privada.

Es conveniente que se hubiera solicitado al Juzgado y por este se hubiera acordado la **anotación preventiva de la demanda de ejercicio de la acción de división de cosa común** en el Registro de la propiedad.

Examen de las Condiciones Particulares IX

N. Liquidación de cargas: No es preciso practicar la liquidación de cargas porque no existe ningún embargo o si existe es por otro procedimiento, ajeno a la presente ejecución de división de cosa común

La liquidación de cargas es una operación aritmética en la que se resta a la tasación de la finca, el importe de las cargas anteriores, y su resultado es el que se toma a efectos de valor por el que el inmueble sale a subasta

En los casos en que no se cancelan las cargas anteriores, es decir, el comprador se subroga en dichas cargas, es muy conveniente que los copropietarios informen de las cantidades debidas por las cargas existente, para que se incluya dicha información en el Portal de Subastas y los posibles postores puedan hacer sus cálculos

Examen de las Condiciones Particulares X

O. Subasta desierta, no resulta aplicable el art. 671 LEC: por el principio de igualdad y la imposibilidad de realizar una subastilla

P. No se puede ejercitar el **derecho de retracto de comuneros**,

- Porque los mismos tienen conocimiento de las condiciones de la venta y pueden participar en la subasta efectuando las pujas que consideren conveniente.
- Además, una vez enajenado el bien ya no se cumple el requisito para ejercer el derecho de retracto de ser copropietario

Examen de las Condiciones Particulares XI

Q. Visita de inmuebles. Uno de los mayores inconvenientes, en general, de las subastas judiciales es que los potenciales compradores del inmueble no pueden visitarlo para comprobar el estado en que se encuentra y si cumple o no sus expectativas para adquirirlo (normalmente los deudores no permiten al acceso a su hogar)

En las subastas voluntarias normalmente los propios copropietarios o algunos de ellos si están interesados en colaborar y permitir o tolerar las visitas a los posibles compradores, con la finalidad de facilitar la venta y obtener un mejor precio, por tanto, es conveniente incluir esta posibilidad en las condiciones particulares de la subasta, siendo necesario contar con su colaboración.

Adelanto de los gastos de la ejecución y de la subasta

- Los honorarios del perito, para el caso de haber sido necesario su intervención, cuando las partes no hubieran fijado de común acuerdo la valoración del bien a subastar. Provisión de fondos.

- Los gastos del Registro de la Propiedad por la expedición de la certificación y anotación al margen de la inscripción de dominio.

- La factura del anuncio de la subasta en el BOE.

El copropietario que abone dichos gastos, deberá ser reintegrado una vez que se proceda a la venta del inmueble

Reparto del precio obtenido

- Requerir al copropietario que hubiera abonado los **gastos de la subasta** para que aporte las facturas de los mismos y a continuación realizar una simple operación aritmética, consistente en restar al precio obtenido los gastos por los siguientes conceptos:

  ✓ Los honorarios del perito, para el caso de haber sido necesario su intervención.

  ✓ Los gastos del Registro de la Propiedad por la expedición de la certificación y nota al margen de la inscripción de dominio.

  ✓ La factura del anuncio de la subasta en el BOE.

- Posible duda: ¿incluir o no otros gastos que no son propios de la subasta? ejemplo: de mantenimiento del inmueble, cuotas de CCPP o el IBI adelantados por algún copropietario, etc.

Subasta desierta

- Puede producirse por alguna de las siguientes causas:

  ✓ No hubiere ningún postor.

  ✓ Se quiebra la subasta porque el mejor postor no completa el precio del remate y no existen otros postores con reserva de postura o también quiebran la subasta.

  ✓ El único licitador hiciere la oferta de aceptar el remate modificando algunas de las condiciones de la subasta y los copropietarios no aceptan dicha modificación

- Es un auténtico problema porque ni la LEC ni la LJV contemplan ninguna solución

Posibles soluciones a la subasta desierta:

a) Celebrar otra subasta modificando las condiciones

b) Sugerir otras formas de enajenación (convenio de realización o persona especializada).

c) Celebrar otra subasta transcurrido un tiempo prudencial o cuando hubieran cambiado las circunstancias del mercado inmobiliario. El art. 2.054 de la LEC de 1881 señalaba que no se podía acceder a celebrar otra subasta hasta dentro de un año.

d) Hacer una subastilla presencial entre los copropietarios, cuando hubieran mostrado interés en adjudicarse la finca.

Tasación de costas

- En un principio, las costas de la ejecución se encuentran reguladas en el art. 539.2 párrafo 2º LEC, en el sentido de establecer que son a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición.

- Pero dicho precepto no resulta de aplicación en atención a la jurisprudencia anteriormente señalada, auto 60/2009 de 15 de abril, Sección 4ª AP Tenerife y auto 75/2012 de 20 de marzo, Sección 8ª AP de Madrid: en las ejecuciones de división de cosa común no puede hablarse de ejecutante y ejecutado o acreedor y deudor, pues todos ellos se encuentran en el mismo plano procesal de derechos y deberes, pudiendo haber instado la celebración de la subasta cualquiera de ellos.

- Conclusión: En este tipo de ejecuciones no existe condena en costas y **no se practica tasación de costas**, en este sentido se pronuncia la SAP Guipúzcoa, Sección 3ª, 44/2008, de 5 de febrero y el AAP Cádiz, Sección 8ª, 256/2016, de 17 de octubre.

Ejemplo de tasación de una finca, su dominio y cargas

Finca valorada en 150.000 €

Inscripción 1ª de dominio a favor de X + Z

- Inscripción 2ª de hipoteca responde de 80.000 €, pero sólo debe 30.000 €

- Anotación de embargo A) ordenada por el Juzgado 20, responde 20.000 €

- Anotación de embargo B) ordenada por el Juzgado 40, responde 10.000 €

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Susana Hernando Ramos

Por SUSTRACCION DE UN MENOR debe de entenderse la retención por parte de un progenitor del hijo/os impidiendo el normal desarrollo del régimen de custodia, estancia o visitas de los hijos comunes con el otro progenitor.

Fue en el año 2002 cuando se reguló el delito de sustracción de menores en nuestro Código Penal, ya que antes no estaba regulado como tal.

Se introdujo el actual artículo 225 bis y en el ámbito civil se incluyeron nuevos contenidos en los artículos 103 del Código Civil y en nº 3 del artículo 158 del Código Civil, algunas medidas que tenían por objeto la prohibición de salida del territorio nacional o de expedición del pasaporte al menor o su retirada o autorización previa a cualquier cambio de domicilio.

El artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980 dice que el traslado o la retención de un menor se consideran ilícitos cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el estado en el que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención.

En el artículo 5 se define lo que es el derecho de custodia, entendiendo el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, y, en particular, el de decidir sobre el lugar de su residencia.

ÁMBITO INTERNACIONAL

El Ministerio Fiscal intervendrá cuando España sea el país al que el menor ha sido trasladado.

¿QUÉ PAPEL TIENE EL FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES?

Nuestro ordenamiento no pretende que el Fiscal asuma la función de garantizar el retorno de los menores trasladados ilícitamente a España, pues para tales fines se comisiona al Abogado del Estado como representante de la autoridad central y garante del cumplimiento de las obligaciones del derecho internacional asumidas por España.

Las autoridades centrales son aquellos organismos públicos de los Estados Miembros del convenio, generalmente, pertenecientes al Ministerio de Justicia, que se encargan de transmitir las solicitudes al Estado miembro en el que el menor ha sido sustraído, o bien recibir las solicitudes cuando el menor se ha sustraído en dicho estado.

El sistema de autoridades centrales funciona de la siguiente manera. El progenitor que ha sufrido la sustracción puede acudir a la autoridad central del Estado miembro del convenio y dicha autoridad transmite la solicitud a la autoridad central del Estado en el que el menor se encuentra para que comience el procedimiento de restitución.

En España, el procedimiento de restitución se divide en dos fases: administrativa y judicial.

Una vez que la autoridad central española ha recibido de la autoridad central extranjera, la solicitud de restitución se inicia el procedimiento judicial de restitución a través del abogado del Estado, quien interpone la demanda de restitución.

Los artículos 29 y 30 del Convenio de La Haya de 1980, permiten que la persona que ha sufrido una sustracción, a su elección, puede no acudir a solicitar la restitución a la autoridad central, sino que la solicite directamente ante la autoridad judicial competente en el país en el que ha sido sustraído el menor.

En España, esta posibilidad se encuentra regulada en el artículo 778 quater 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite que la persona interesada interponga directamente la demanda de restitución ante los juzgados de familia, de la capital de provincia, en la que se encuentra el menor sustraído.

El particular puede en cualquier momento solicitar la restitución directamente ante las autoridades judiciales incluso si previamente se solicitó ante las autoridades centrales.

A) Convenio de la Haya de 1980, convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la haya el 25 de octubre de 1980.

B) RBII bis, 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de la resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000, también llamado Bruselas II;

C) Convenio de La Haya de 1996, convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia, de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la haya el 19 de octubre de 1996;

D) Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, convenio europeo relativo el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de Menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

E) Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores de plena aplicación desde el 1 de agosto de 2022 y que viene a sustituir la regulación del Reglamento 2201/2003.

F) Y el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y de visita y devolución de Menores de fecha 30 de mayo de 1997.

A) Convenio de la Haya de 1980, convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en la haya el 25 de octubre de 1980.

Es el instrumento más universal en el abordaje de la sustracción internacional de menores.

Este convenio solo se aplica entre estados parte. En el caso de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte y se traslade a un estado no parte, no se podrá aplicar.

Tampoco cuando el destino del menor sea un Estado parte, pero su residencia habitual radica en un estado no parte.

Sin embargo, sí que será aplicable el convenio si el menor que resida habitualmente en un Estado parte sustraído, cuando se encuentre accidentalmente en un país que no es parte del convenio y desde allí es trasladado ilícitamente a un Estado parte.
Es indiferente la nacionalidad y la filiación del menor.

En la página web de la conferencia de La Haya http://www,hcch.net/ puede localizarse información actualizada sobre los nuevos Estados que han ratificado el CH 80 y sobre otros extremos, jurídicamente relevantes para una adecuada interpretación y aplicación.

El CH de 1980 se basa en el establecimiento de autoridades centrales en cada uno de los estados parte encargados de llevar a término las finalidades del convenio.

Se establecen cuáles son los trámites básicos y recoge conceptos fundamentales como el de traslado ilegal, el Derecho de custodia y el concepto de residencia habitual.

Entre los motivos que se enumeran para llevar a cabo la denegación del retorno, se encuentran los artículos 12, 13 y 20:

- El TRANSCURSO DE UN AÑO: el convenio parte de que la reclamación de restitución no está sometida a ningún plazo de caducidad, pero pasado un año sin que tal reclamación se haya producido y se encuentre acreditada. La integración del menor en el nuevo medio, no habrá base para estimar la reclamación.

- EL NO EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO DE CUSTODIA.

SAP Asturias, sección séptima, ocho/2008, de 15 de enero o SAP de Barcelona, sesión 18,573/2013, de 1 de octubre.

- CONSENTIMIENTO O POSTERIOR ACEPTACIÓN DEL TRASLADO RETENCIÓN.

SAAP de Madrid, sección 22, de 31 de marzo de 2015.

No debe tratarse de una mera autorización para viajar. SAAP Vizcaya, Sección Cuarta, 473 2011 del 28 de junio o SAP de Barcelona, sección 18,573/2013, de 1 de octubre.

- GRAVE RIESGO de que la restitución del menor los ponga a un peligro o situación intolerable. Solo aplicable en casos excepcionales y aplicando pautas restrictivas de interpretación.

- OPOSICIÓN A LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO REQUERIDO.

- La VOLUNTAD DEL MENOR. Habrá que valorar el caso concreto para ver la madurez del menor a la hora de decidir sobre el retorno.

- DECISIONES MUERTAS O FRAUDULENTAS POR CARENCIA DE EFECTOS.

- DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN Y COMPETENCIA para resolver sobre la distribución de la guarda v custodia. No cabe pronunciamientos sobre el fondo una vez producida la reclamación sobre la restitución.

Solamente en el caso de que no se acceda a la restitución, deberá hacerse en procedimiento independiente.

- IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE EJECUTAR LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN del menor secuestrado ilícitamente.

B) RBII bis, 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de la resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento 1347/2000, también llamado Bruselas II;

Este convenio se basa en la idea de la libre circulación de resoluciones judiciales y supresión de exequatur.

Está informado por el principio de interés superior del menor, celeridad y colaboración tendente a la creación de un verdadero espacio europeo. También se cimienta sobre el principio de cooperación entre autoridades.

No podrá aplicarse más allá de los 16 años del menor, teniendo en cuenta la residencia habitual del menor en un país comunitario y no la nacionalidad. Sólo se aplica a secuestros intracomunitarios (tanto el estado de origen como el de destino deben ser miembros de la unión. Por ejemplo no se aplica Dinamarca).

El procedimiento para la restitución sigue el cauce establecido en el CH 80: la solicitud se formula ante las autoridades del Estado miembro, donde el menor haya sido trasladado o retenido y debe resolverse en un plazo de seis semanas desde la interposición de la demanda, salvo circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.

El proceso se tramita conforme a los procedimientos de la legislación nacional.

El menor tiene derecho a ser oído aunque dada las circunstancias se puede prescindir de tal audiencia.

Contempla tres mecanismos cuyo objeto es la restitución del menor:

1. Acción directa de restitución (art. 11, párrafos 2 a 5 RBII bis): Ha de ejercitarse ante las autoridades del Estado miembro en donde haya sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, conforme a las reglas del CH 1980, si bien con algunas matizaciones.

2. Demanda en reclamación de los derechos de custodia y solicitud de una orden de restitución en el Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado o retención ilícitos (art. 11, párrafos 6-8 RBII bis en relación con los arts. 40.1.b) y 42 RBII bis): Opera únicamente en el caso de no haberse otorgado la restitución del menor mediante la acción directa a la que se ha aludido en el párrafo anterior y no puede accionarse sin el previo ejercicio de dicha acción directa y,

3. Demanda en reclamación de los derechos de custodia ante los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior al traslado, retención ilícita y solicitud posterior de exequátur, art. 28-36 RBII bis.

C) Convenio de La Haya de 1996, convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en la haya el 19 de octubre de 1996.

D) Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, convenio europeo relativo el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de Menores, así como el restablecimiento de dicha custodia.

Este convenio tiene por objeto el reconocimiento y ejecución de decisiones, contemplando la devolución inmediata del menor en supuestos muy concretos.

Trata de agilizar el procedimiento de agilizar el de exequatur.

Se limita a la sustracciones de menores de 16 años.

La relación con el convenio de Luxemburgo y el de La Haya es de complementariedad, por lo que puede invocarse la aplicación simultánea de ambos convenios cuando se den los presupuestos de ambos y los países implicados lo hayan ratificado. La autoridad central española suele aplicar preferentemente el convenio de La Haya.

Recoge excepciones para la no restitución.

Se estructura sobre un procedimiento simple, rápido y gratuito así como el principio de confianza entre estados partes. Es necesario una resolución judicial previa sobre la custodia.

E) Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores de plena aplicación desde el 1 de agosto de 2022 y que viene a sustituir la regulación del Reglamento 2201/2003.

Entre los motivos que pueden dar lugar a la no restitución del menor al lugar de su residencia habitual, estaría la propia negativa u oposición al regreso, art. 3 CLH 1980.

F) Y el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de Menores de fecha 30 de mayo de 1997.

Este convenio se caracteriza porque sigue el sistema deautoridades centrales, aunque deja abierta la posibilidad de que los particulares actúen por sí.

Solo se aplica a menores de 16 años no emancipados que tengan la nacionalidad en uno de los dos Estados.

Como Marruecos también forma parte del CH 80, se permite en cada caso acudir a la norma más favorable para lograr el retorno del menor.

A la hora de determinar si los tribunales españoles son competentes para conocer del litigio acerca de la guarda y custodia de los hijos menores, se viene estableciendo una prelación de los convenios anteriormente referenciados:

a) Si el menor reside habitualmente en un Estado miembro del RBII bis opera dicho Reglamento y ello, con preferencia al CH 1996 (art. 61 RBII bis) y al art. 22 quáter LOPJ.

b) Cuando el menor no resida habitualmente en un Estado miembro, pero haya fijado su residencia habitual en un Estado parte del CH/96 resultará de aplicación el CH 1996. Al contrario que el RBII. bis. el art. 2 del Convenio indica que el mismo se aplica a niños desde su nacimiento y hasta alcanzar la edad de dieciocho años.

c) En el supuesto de que el menor no resida habitualmente ni en un Estado miembro del RBII bis ni en un Estado parte del CH 1996. La competencia internacional se fija a través del CH 1996. No obstante, hay que llamar la atención sobre lo dispuesto en el art.12.4 RBII bis. toda vez que permite aplicar este foro a un menor con residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del CH 1996, en beneficio del menor y particularmente, cuando no resulte posible incoar un procedimiento en el tercer Estado en cuestión.

Por último, el art. 22 quáter LOPJ entra en juego con carácter residual en aquellos supuestos en que no opera ni el RBII bis ni el CH 1996. O lo que es lo mismo, cuando se trate de un mayor de dieciocho años (art. 2 CH 1996), pero menor de edad conforme a su ley personal (art. 9.1 Ce), y no residente en un Estado miembro.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado, Sentencia, C-87.22, en virtud de una decisión prejudicial, que el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente un menor puede solicitar, excepcionalmente, la remisión del caso a un tribunal del Estado miembro al que éste haya sido trasladado.

Ello presupone que el menor tiene que tener una vinculación especial con ese otro Estado miembro, que a juicio del órgano jurisdiccional competente, ese otro órgano jurisdiccional está en mejor posición para conocer del asunto y que la remisión responda el interés superior del menor.

EJ: ASUNTO C-211/10 PPU DORIS POVSE V. MAURO ALGAPO, STJUE DE 1 DE JULIO DE 2010.

ASUNTO C-491/10 PPU AGUIRRE ZARRAGA V.PELZ, STJUE DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010.

CASO CARLSON V. SUIZA, STJUE DE FECHA 8 DE NOVIEMBRE DE 2008.

ÁMBITO CIVIL

Desde el punto de vista civil, tenemos el artículo 778 quáter y quinquies, que establece cuál es el procedimiento y los requisitos para la restitución del menor cuando éste se encuentre en España y el artículo 778 sexies, que tiene por objeto declarar la ilicitud del traslado realizado del menor, que servirá de base para interponer la correspondiente querella o denuncia penal por estos hechos.

Este procedimiento especial será de aplicación cualquiera que sea el convenio de entre los suscritos por España, que se alegue: convenio de Luxemburgo, convenio de La Haya, convenio bilateral con Marruecos y reglamento de Bruselas bis dos.

En ambos casos, el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil no se aplicará cuando el menor proceda de un Estado que no forma parte de la Unión Europea, ni sea parte de algún convenio internacional.

En estos supuestos en los que no es aplicable el procedimiento especial. será necesario acudir a los mecanismos generales de exequatur y cooperación judicial internacional.

PROCEDIMIENTO

Son aplicables las peculiaridades procesales propias de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y en concreto, las señaladas en el artículo 752 de la Ley sobre la inexistencia de preclusión para la alegación e introducción de hechos, en la investigación de oficio de la verdad material y en la plenitud de los efectos del principio de libre valoración de la prueba.

El objeto del artículo 778 Quáter es la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia, cuando ha sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentra en España, siempre que se aplicable un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea.

Existe una **legitimación activa** doble: la del progenitor que ve limitado su derecho de custodia/estancia/visitas con su hijo por si, o la este titular, a través de la autoridad central española que actúa por medio del abogado del Estado.

El Ministerio Fiscal no tiene legitimación para promover el procedimiento, aunque debe ser parte.

Legitimación pasiva: el progenitor o familiar autor del traslado.

Es necesario la intervención mediante abogado y procurador.

El procedimiento se inicia mediante demanda en la que se solicitará la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, incluyendo toda la información que exige la normativa internacional. Será necesario la identidad del demandante, del menor y de la persona que ha sustraído o retenido al menor indicando, cuáles son los motivos en los que basa su reclamación. Deberá indicarse toda la información relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se encuentra. Habrá de acompañarse la documentación requerida por el correspondiente convenio, cualquier otra en la que el solicitante funde su petición.

La falta de alguno de estos documentos no implica la inadmisión sin un plazo para la subsanación.

La tramitación del procedimiento deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiera solicitado ante el juez la restitución del menor. Al ser un procedimiento preferente, otros procesos sobre guarda y custodia no podrán ser resueltos hasta que no se decida primero sobre el proceso de sustracción internacional y solo podrá pronunciarse sobre guarda y custodia, cuando en el proceso de sustracción internacional se haya acordado que no procede la restitución.

No podrá acumularse a otro procedimiento.

La competencia se atribuye al Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia, de Ceuta Melilla, con competencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor en que haya sido objeto de un traslado/retención ilícitas, y, en su defecto, el que por turno de reparto corresponda.

Durante la tramitación del procedimiento, se garantizarán los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor. Incluso podrá acordarse como medida cautelar el reconocimiento de un derecho de visitas provisional al progenitor reclamante, si se encuentra en España.

Estas medidas cautelares pueden adoptarse con más interés, si al primer llamamiento, el demandado no comparece o no presenta al menor.

El LAJ resolverá sobre la admisión de la demanda en el plazo de 24 horas siguientes. Se requerirá a la persona que se le imputa la sustracción o retención ilícita para que dentro de los tres días siguientes comparezca con el menor, manifestando si procede o no a la restitución o se opone a ello alegando todo lo que tenga por conveniente conforme al convenio de la norma internacional aplicable.

En este momento, ya es aconsejable proceder a dar audiencia al menor.

A partir de ahora podemos distinguir dos supuestos.

El primero es que el demandado comparezca y entrega al menor.

En este caso, se levantará hasta por el Laj, y el juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la restitución o retorno del menor, pronunciándose, respeto a los gastos, incluidos los del viaje y las costas del proceso.

Se permite al demandado comparecer en cualquier momento antes de la finalización del procedimiento y acceder a la entrega del menor o a su retorno, al lugar de procedencia.

Y el segundo supuesto, es que no comparezca, o no lo haga en forma, o si comparece no entrega al menor; en este caso, se continuará el procedimiento señalándose la vista ante el juez que tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes, a la que deberán ser citados únicamente el demandante y el Ministerio Fiscal.

Esta resolución se notificará al demandado, tras lo cual no se llevará a cabo ninguna otra, salvo la resolución que ponga fin al proceso.

Si en la primera comparecencia, el requerido formula oposición a la restitución o retorno conforme a las normas del convenio o norma internacional aplicable, lo cual deberá realizarse por escrito, el Laj en ese mismo día dará traslado de la oposición y se te dará a los interesados y al ministerio Fiscal, a una vista que tendrá lugar dentro de los cinco días siguientes.

No es necesario la comparecencia personal del residente al acto de la vista.

Una vez señalada la vista, las partes propondrán la prueba, practicándose la que se estime conveniente, y en el caso de que no se hubiera escuchado al menor, se le dará audiencia, pero no en la vista sino separadamente.

Solo se practicarán aquellas pruebas útiles v pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan, y las que el juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para valorar sobre la ilicitud o no del traslado, retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo prorrogable de seis días. El juez también puede de oficio, a instancia de parte del ministerio fiscal, solicitar informes que se hagan de manera urgente v preferente. Deberán rechazarse las pruebas que tengan por objeto decidir quién de los progenitores es mejor para ostentar la custodia.

Si no hubiera podido practicarse toda la prueba en el acto de la vista, y la misma se considera indispensable, puede fijarse un nuevo plazo improrrogable de seis días para su práctica.

Una vez terminada la vista, dentro de los tres días siguientes, se dictará la sentencia que se pronunciará única y exclusivamente, sobre si el traslado/a retención son ilícitas y si procede o no la restitución del menor. En dicha resolución se establecerá de manera detallada, la forma y el plazo de ejecución, pudiendo adoptarse las medidas necesarias para que se cumpla lo dispuesto.

La sentencia debe pronunciarse también sobre las costas, que impondrán a la persona que hubiere trasladado retenido al menor. Sobre los gastos del viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor, al estado donde tuviera su residencia habitual.

Dicha sentencia es susceptible de apelación.

El recurso de apelación tiene efectos suspensivos y deberá resolverse dentro de los 20 días siguientes, no permitiéndose la ejecución provisional.

Como medidas cautelares que pueden adoptarse nos encontramos con las establecidas en el art. 103 y 108 del Código Civil.

El artículo 103 del Código Civil también fija medidas de prevención, prohibiendo la salida del territorio nacional excepto que exista autorización, la prohibición de expedir, el pasaporte del menor o la retirada del mismo si el menor ya lo tuviese y el control del domicilio del menor mediante el sometimiento de cualquier modificación referente a este a autorización judicial.

El artículo 158 del Código Civil es el que mayor protección da al menor, ya que son una pluralidad de personas, las que están legitimadas para solicitar las medidas de protección (el Juez de oficio, el menor, el Ministerio Fiscal o cualquier pariente), por la gran diversidad de medidas que pueden ser adoptadas (en relación con los alimentos, peligros en los que puede verse expuesto el menor) y por los distintos procedimientos que se pueden solicitar (civiles, de ejecución, de jurisdicción voluntaria y penales).

ÁMBITO PENAL

Desde el punto de vista penal, tenemos el artículo 225 bis del Código Penal.

Como punto de partida, hay que señalar que para hablar de sustracción de menores, no es necesario que exista una sentencia o resolución que atribuya la custodia a uno de los progenitores y un régimen de visitas al otro para que producido ese traslado ilícito, nos encontremos ante una sustracción, sino que puede darse incluso aunque no haya resolución alguna que haya establecido las medidas a regir en esa pareja.

En ese sentido, la Sentencia 156/2023 dictada por el Tribunal Supremo en fecha 8 de marzo de 2023, manifiesta que se comete el delito cuando se traslada al menor de su lugar residencia habitual sin consentimiento del progenitor, con quien conviva, independientemente de que los progenitores estén o no separados, o, en el caso de estar separados, la separación sea de hecho o de derecho y haya o no resolución judicial o mutuo acuerdo.

a) Sujetos activos

Puede serlo tanto el progenitor que no ostenta la titularidad de la custodia del menor, como el custodio, ya sea con custodia exclusiva o con custodia de carácter compartido.

También podrían ser sujetos activos los ascendientes del menor y los parientes del progenitor hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad.

En el caso de padres biológicos que secuestran a los hijos que han sido adoptados por terceras personas, no sería aplicable el artículo 225 bis del Código Penal.

b) Sujetos pasivos

En sentido amplio, el menor y todos los parientes que se encuentran imposibilitados de disponer de su derecho a relacionarse con el menor, debiendo valorarse el grado de madurez, es decir, la capacidad que tiene el menor para decidir con qué progenitor desea continuar.

En los distintos convenios internacionales fijan la edad en los 16 años y otros en los 12 años.

Se excluye, por supuesto al menor emancipado ya que el mismo tiene capacidad para fijar su residencia.

TIPO BÁSICO

El artículo 225 bis establece qué debe entenderse por sustracción:

- Traslado del menor del lugar de su residencia, sin consentimiento del progenitor que poseen la custodia. En este supuesto, solo se incluirá los casos en los que el sujeto activo no sea el titular de la custodia del menor.

- Retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido en resolución judicial administrativa.

Y en este caso, nos podemos encontrar dos situaciones: no reintegrar al menor, cuando sea ejercido el derecho de visita o la negación del derecho de visita por parte del custodio. En todo caso, la infracción debe ser grave; en este sentido el dolo debe estar dirigido a romper la relaciones existentes con el otro progenitor.

- Existe una excepción recogida en el propio artículo 225 bis: y es que exista una causa justificada (ejemplo: existencia de malos tratos, abandono del menor, no prestación de alimentos…).

- Un tipo agravado bien porque el menor sea trasladado fuera de España o bien porque se exija alguna condición para la restitución.

- Exención de pena: que el que sustrae, retorne al menor en 24 horas, o que comunique el lugar donde se encuentra comprometiéndose a su restitución inmediata y haciéndola posteriormente efectiva.

- Atenuación de la pena: en el caso de que la restitución se lleve dentro de los 15 días siguientes a la sustracción.

- Existe una excepción recogida en el propio artículo 225 bis: y es que exista una causa justificada (ejemplo: existencia de malos tratos, abandono del menor, no prestación de alimentos…).

- Un tipo agravado bien porque el menor sea trasladado fuera de España o bien porque se exija alguna condición para la restitución.

- Exención de pena: que el que sustrae, retorne al menor en 24 horas, o que comunique el lugar donde se encuentra comprometiéndose a su restitución inmediata y haciéndola posteriormente efectiva.

- Atenuación de la pena: en el caso de que la restitución se lleve dentro de los 15 días siguientes a la sustracción.

Puede producirse en grado de tentativa.

En el ámbito penal, junto al artículo 225 bis del Código Penal, tenemos el artículo 224, que castiga con pena de prisión de seis meses a dos años al progenitor que impulse a su hijo a vulnerar el régimen de custodia establecido.

El Tribunal Supremo, a través del Pleno y en sentencias como la 401/22, de 22 de abril, consideran que aunque fueran dos o más los menores sustraídos solo se comete un único delito.

Se puede cometer por omisión, siendo determinante la actitud de no cumplimiento de una resolución judicial.

En el caso de concurrencia entre el delito de sustracción de menores y el delito de desobediencia del artículo 556 se aplica el concurso de normas, penando el hecho más grave.

Puede aplicarse una causa de justificación como el estado de necesidad, artículo 20.5 del Código Penal, siempre que se acredite que se trata de proteger al menor de un mal mayor, como por ejemplo el acto de violencia sobre el menor.

GRACIAS

EL MALESTAR DEL CLIENTE EN MATERIA DE FAMILIA. COMO GESTIONARLO DESDE LA PSICOLOGÍA

Miguel Fernández Galán

Objetivos

- Definir el malestar del cliente en Derecho de Familia desde la Psicología.
- Comunicar la necesidad de aplicar una serie de habilidades emocionales orientadas a cuidar la relación con el cliente.
- Describir en detalle la empatía y la moderación en la implicación emocional como habilidades necesarias para ejercer como abogado/a de familia.
- Comunicar el riesgo de sufrir el síndrome de desgaste por empatía o trauma vicario derivado de no lograr establecer una adecuada implicación emocional con el cliente.
- Ofrecer ejemplos y estrategias prácticas para incorporar dichas habilidades a nuestra vida diaria y desarrollarlas.

Sumario

- La situación emocional del cliente en derecho de familia.
- La empatía:
  - Concepto.
  - Características.
  - ¿Por qué es relevante para el/la abogado/a de familia?
  - Perfil del abogado empático / del abogado carente de empatía.
  - Beneficios de practicar la empatía.
  - ¿Cómo se adquiere o mejora?

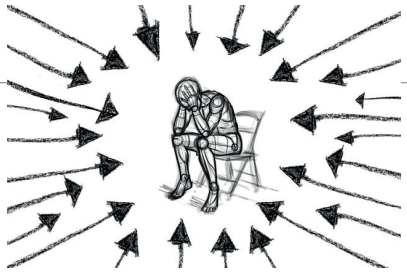
Sumario

- La moderación en la implicación emocional:
  - Concepto.
  - Características.
  - ¿Por qué es relevante para el/la abogado/a de familia?
  - Trauma vicario:
    - Definición.
    - Síntomas.
    - Consecuencias de padecerlo.
  - Perfil del abogado que practica la moderación en la implicación / que no la practica.
  - Beneficios de practicar la moderación en la implicación.
  - ¿Cómo se adquiere o mejora?

Sumario

- Ideas clave.
- Referencias.

LA SITUACIÓN EMOCIONAL DEL CLIENTE EN DERECHO DE FAMILIA

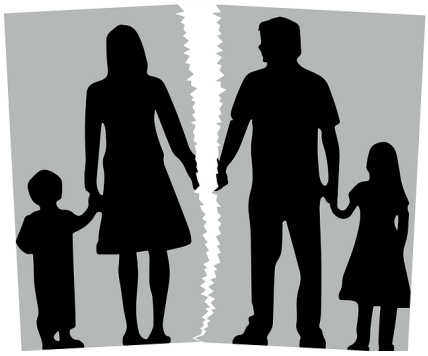


Introducción

- **Trasfondo humano** caracterizado por el conflicto jurídico.
- El abogado de familia como **testigo involuntario** de las facetas más crudas de la naturaleza humana.
- **Paralelismos entre la abogacía de familia y otras profesiones** que brindan asistencia a familias con dificultades.
- Existencia de una serie de **habilidades emocionales** orientadas a sostener y gestionar el malestar transmitido por los clientes en materia de familia.

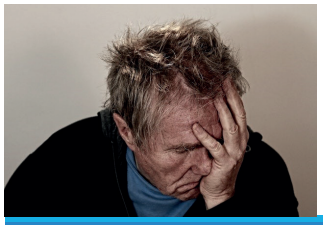
Conflictos más frecuentes en abogacía de familia

- Liquidaciones de herencias.
- Uniones de hecho.
- Divorcios y separaciones.
- Guarda y custodia de los hijos.
- Pensiones de alimentos.
- Tutelas.



La situación emocional del cliente

- Se encuentra afrontando un **cambio vital** que puede llegar a desbordar sus recursos cognitivos y emocionales.
- Llega al despacho en una situación de **vulnerabilidad personal**.
- Es posible que presente síntomas de **estrés agudo** que pueden llegar a desembocar en **cuadros de ansiedad y/o depresivos.**



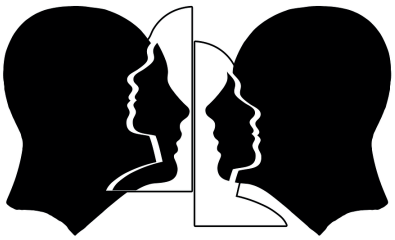
La situación emocional del cliente

- Resulta imprescindible **definir nuestra posición** frente al malestar emocional del cliente.
- Necesidad de aplicar una serie de **habilidades emocionales** orientadas a cuidar la relación con el cliente.
- **Beneficios** de poner en práctica dichas habilidades correctamente:
  - Lograremos generar confianza y tranquilidad en el cliente.
  - Reduciremos la carga emocional con la que llega a nuestro despacho.
  - Favoreceremos el clima propicio para que éste alcance un estado anímico más estable.
  - Contaremos con su plena colaboración y receptividad.

HABILIDADES EMOCIONALES RELATIVAS AL MALESTAR DEL CLIENTE

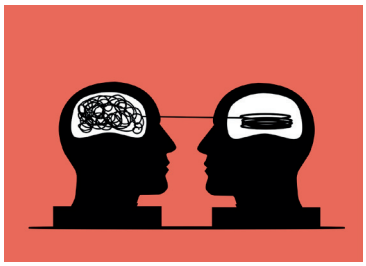
LA EMPATÍA Y LA MODERACIÓN EN LA IMPLICACIÓN EMOCIONAL

LA EMPATÍA



La empatía: concepto

- La capacidad de sentir o percibir lo que otra persona sentiría si estuviera en la misma situación vivida por esa persona.
- Nos ayuda a **comprender los sentimientos del otro**, facilitando también la comprensión de **los motivos de su comportamiento.**



Características de la empatía

- **No se pierde el propio punto de vista** ni la estabilidad emocional.
- **Ayuda a escuchar**, comprender y demostrar interés por otras personas.
- **Favorece que las personas se ayuden** entre sí.
- **Comprensión del comportamiento** de otros, facilitando la objetividad.
- **Favorece la afinidad con el interlocutor**, generándose un vínculo de afinidad con éste.

¿Por qué es relevante la empatía para el/la abogado/a?

- **Actividad profesional** en permanente contacto con otras personas con las que **confluyen emociones tanto "positivas" como "negativas".**
- **Profesión intrínsecamente asociada a la conflictividad de intereses**, lo que presupone un escenario definido principalmente por las emociones "negativas".
- El abogado empático sabrá empatizar no solo con los clientes, sino con otros operadores jurídicos como los abogados de la parte contraria o los jueces.

Perfil del abogado empático

- Es socialmente sensible.
- Capaz de comprender a través de los gestos, el tono, etc., los sentimientos y emociones de los demás.
- Es respetuoso con el prójimo pues, aunque no apruebe su comportamiento, mantendrá una posición cortés y comedida.
- Domina la escucha activa.
- Es un gran conversador y comunicador.
- Es un gran negociador.
- Genera confianza en las personas con las que interactúa.

Perfil del abogado carente de empatía

- **Se limita a la aplicación al caso de sus conocimientos técnicos**, perdiéndose el lado humano de la relación con el cliente.
- **Frío y poco cercano.**
- Al interactuar con otros operadores jurídicos **no captará debidamente los mensajes** que se produzcan durante un proceso de negociación o un juicio.

Beneficios del abogado que practica la empatía

- Disponer de mayor objetividad en el ejercicio de su función.
- Su consejo será más realista y ajustado a las expectativas del cliente.
- Facilidad para crear y fortalecer el vínculo de confianza que debe presidir la relación abogado-cliente.
- Esencial para el correcto desempeño del trabajo en equipo.

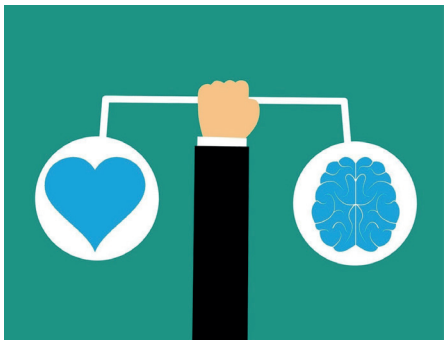
¿Cómo se adquiere o mejora?

- **Aplicar la escucha activa**:
  - Técnica o método de escucha y respuesta a otra persona que incrementa la mutua comprensión de ambas partes.
  - Requiere escuchar con toda nuestra atención el mensaje expresado por nuestro interlocutor, a diferencia de tan sólo oír lo que la otra parte nos comunica y estar pendiente de dar una respuesta.

¿Cómo se adquiere o mejora?

- **Observar atentamente** a nuestro interlocutor, poniendo especial énfasis en su lenguaje no verbal.
- **Usar la imaginación** planteándonos algunas preguntas:
  - Si yo me encontrara en esa situación:
    - ¿Cómo me sentiría?
    - ¿Cuál sería mi reacción?
    - ¿Qué necesitaría?

LA MODERACIÓN EN LA IMPLICACIÓN EMOCIONAL



La moderación en la implicación emocional: concepto

- **Habilidad de no implicarse emocionalmente** con el cliente en la defensa de sus intereses, **guardando el debido distanciamiento emocional** con el mismo.
- **Características** de la MIE:
  - Parte de la **diferenciación de los intereses** del abogado y del cliente.
  - Requiere de **comprensión y empatía** de lo que le está sucediendo.
  - **Excluye la asociación emocional** entre abogado y cliente.

La moderación en la implicación emocional: características

- Requiere de **inteligencia emocional** y muy especialmente de **autoconsciencia**.
- Precisa de un **punto medio**, no ajeno a la administración de un cierto estrés y tensión profesional.
- **Previene de padecimientos físicos y psicológicos.**

¿Por qué es relevante la moderación en la implicación para el abogado?

- **"Los pleitos hay que vivirlos como propios y sentirlos como ajenos".** Don Manuel Cortina, abogado.
- La realidad es que muchos abogados incumplen inconscientemente dicha regla, sufriendo como si del propio cliente se tratara:
  - Desvelarse por la noche pensando en el caso.
  - Indignarse ante el mero pensamiento de la conducta del contrario.
  - Anhelar una solución favorable.
  - Sufrir pensando en un posible fracaso ante nuestro cliente.

Definición del trauma vicario

- También conocido como desgaste por empatía, fatiga por compasión o estrés traumático secundario.
- Figley (1995): "es la consecuencia natural, predecible, tratable y prevenible de trabajar con personas que sufren; es el residuo emocional resultante de la exposición al trabajo con aquellos que sufren las consecuencias de eventos traumáticos".

Tres grupos de síntomas

Consecuencias de un trauma vicario desatendido

- Pueden variar entre dos polos:
  - la sobreimplicación e identificación con la problemática del cliente;
  - la frialdad emocional, desinterés o falta de compromiso con el conflicto legal a resolver.
- Ambas posibilidades son igualmente perniciosas:
  - para el bienestar psicológico del abogado;
  - para la calidad del servicio brindado.
- Estrategias de afrontamiento inadecuadas (alcoholismo, automedicación…).

El abogado que practica la moderación en la implicación

- **Empático**, comprende la situación de su cliente y hará todo lo profesionalmente posible por llevar el caso a buen término, **pero preocupándose lo estrictamente necesario.**
- **Vivirá emociones muy intensas, pero por su propia responsabilidad**, más que por sentir lo que vive o vivirá su cliente.
- **Necesidad de cierto punto de pasión profesional** para defender a su cliente con eficacia y a la par que disfruta del caso.
- **"Quien da lo que tiene no está obligado a dar más".** Ángel Ossorio.

El abogado que no practica la moderación en la implicación

- Al actuar identificado emocionalmente con los intereses del cliente, **su juicio estará afectado por sus pasiones**, lo cual implica:
  - **Pérdida de criterio** e independencia.
  - **Merma en las capacidades profesionales.**
  - **Riesgo de sufrir del trauma vicario**, con sus mencionadas consecuencias sobre el bienestar psicológico.

¿Cómo se adquiere o mejora?

- Siendo conscientes de que **la raíz del problema que estamos atendiendo es completamente ajena a nosotros.**
- **Estableciendo una distancia emocional con el cliente que nos permita atender el caso con objetividad**, posibilitándonos barajar todas las alternativas de defensa posibles independientemente de la posible molestia o discrepancia del cliente.
- **Cuidando la relación con el abogado contrario**, pues "los clientes y los casos pasan, pero los abogados quedan…".
- Ser conscientes de que **asumir los problemas del cliente como propios es una mala inversión** de energía vital y de esfuerzo.
- **Adoptar como una cuestión personal** los casos propios a la larga nos llevará a la **extenuación mental.**

Ideas clave:

- **El cliente se encuentra afrontando un cambio vital** que puede llegar a desbordar sus recursos cognitivos y emocionales.
- **Necesidad de aplicar una serie de habilidades emocionales** orientadas a cuidar la relación con el cliente, especialmente la empatía y la moderación en la implicación emocional.
- **La empatía nos ayuda a** comprender mejor a nuestro cliente y en consecuencia a **afianzar la relación profesional**. A su vez, nos facilita trabajar mejor con el caso y con el resto de operadores jurídicos.

Ideas clave:

- **Mantener una distancia emocional saludable con el cliente resulta imprescindible para poder atenderle con objetividad**, independencia y sin merma de nuestras capacidades profesionales, **a la par que cuidamos de nuestro bienestar psicológico**.
- **Es posible entrenar y practicar estas habilidades incorporándolas a nuestra vida diaria** y siguiendo el ejemplo del abogado empático y que practica la moderación en la implicación emocional.

“Los pleitos hay que vivirlos como propios y sentirlos como ajenos”.

DON MANUEL CORTINA, ABOGADO.

REFERENCIAS

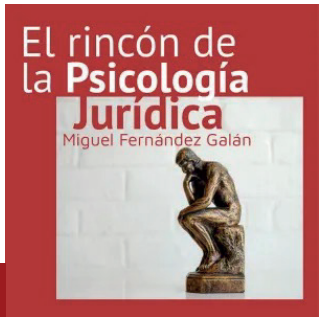
- ✓Acinas, M.P. (2012). Burn-out y desgaste por empatía en profesionales de cuidados paliativos. Revista digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia, 2(4), 1-22.
- ✓Academia Apir (2017). Manual de Psicología Clínica (Tomo I). Academia de Preparación PIR S.L. ISBN 978-84-946047-3-7.
- ✓Asociación Americana de Psiquiatría (2014). DSM-5: Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Editorial Médica Panamericana Madrid. ISBN 978-84-983581-0-0.
- ✓Benito, E; Arranz P; Cancio, H. (2010). Herramientas para el autocuidado de profesionales que atienden a personas que sufren. FMC (Formación Médica Continuada) Atención Primaria. Barcelona: Elsevier.
- ✓Cid, Gabriela (2022). La salud mental de los abogados. Más que un tabú: una prioridad. Adefinitivas. https://adefinitivas.com/ademas/la-salud-mental-de-los-abogados-mas-que-un-tabu-una-prioridad-a-cargo-de-gabriela-cid-de-leon/

REFERENCIAS

- ✓F. León, O. (2022). La salud del abogado en constante debate: presentación del libro "El abogado adicto". Óscar León, mi blog. https://oscarleon.es/la-salud-del-abogado-en-constante-debate-presentacion-del-libro-el-abogado-adicto/
- ✓F. León, O. (2022). Abogacía y salud mental, todos implicados. Óscar León, mi blog. https://oscarleon.es/abogacia-y-salud-mental-todos-implicados/
- ✓F. León, O. (2021). Las Habilidades del Abogado: 51 habilidades, competencias y valores para crecer profesionalmente. Aranzadi.
- ✓Figley, C. R. (1995). Compassion Fatigue: Coping with Secondary Traumatic Stress Disorder in Those Who Treat the Traumatized. New York: Brunner.
- ✓Fischman, Y. (2008). Secondary trauma in the legal professions, a legal perspective. Torture, 18 (2), 107-115.

REFERENCIAS

- ✓Goleman, D. (2010). Inteligencia Emocional. Kairós.
- ✓Goleman, D. (2010). La práctica de la inteligencia emocional. Kairós.
- ✓P. Levin, A. y Greisberg, S. (2003). Vicarious trauma in Attorneys. Pace Law Review, 24 (11), 245-252. https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1189&context=plr

CONTACTO

- Correo electrónico: miguelfernandezpsicologo@cop.es
- Linked In: Miguel Fernández Galán.
- Twitter: @migfergal.
- Portal jurídico Legal Today.
- El rincón de la psicología jurídica.