

PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA*

Antonio Javier Perez Martín

Sumario: I. Inicio de la ejecución. 1. Cuestiones generales. A. Legitimación para solicitar la ejecución. B. Juzgado competente para la ejecución. C. Forma de solicitar la ejecución. D. Intervención de Abogado y Procurador. E. Costas de la ejecución. 2. Ambito de la ejecución. 3. Momento desde el que puede solicitarse la ejecución. A. Medidas Provisionales. B. Medidas fijadas por los cónyuges en el convenio regulador. C. Pronunciamientos de la sentencia definitiva. 4. Régimen transitorio de las ejecuciones en la nueva LEC. A. Sentencias dictadas antes de entrar en vigor la nueva LEC y que se encuentran pendientes de resolución del recurso de apelación. B. Ejecuciones que se encuentren en trámite a la entrada en vigor de la nueva LEC. II. La ejecución de los pronunciamientos de contenido económico. 1. Medidas de garantía ante el impago de pensiones. 2. Solicitud de ejecución. 3. Auto despachando ejecución. 4. Oposición del ejecutado por las causas establecidas en la LEC y en el CC. A. Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia. B. Caducidad de la acción ejecutiva. C. Pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. D. Compensación. E. Pluspetición o exceso. F. Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda. G. Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia pronunciamiento de condena. 5. Otras causas de oposición. A. Supuesto en el que el hijo tiene ingresos propios, aunque convive en el domicilio familiar. B. Proporcionalidad de los alimentos al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. C. Interposición de una demanda de modificación. D. Estar conviviendo el cónyuge beneficiado de la pensión compensatoria con una tercera persona o haber accedido a un trabajo remunerado. E. Haber formado el deudor una nueva familia. F. Situación de desempleo del progenitor. G. No haber ejercido el derecho de visitas. H. Estar trabajando el otro conyuge y ganar más dinero que él. I. Descuento de los meses de vacaciones. J. Haberse impugnado la paternidad por parte del obligado al pago de la

* Jornadas de Derecho de Familia. Los procesos matrimoniales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Bilbao, 7 y 8 de junio.

pensión alimenticia. K. Extinción de la pensión alimenticia del cónyuge tras la sentencia de divorcio. L. Existencia de una reconciliación temporal durante la época en la que se reclaman las pensiones. M. Traslado voluntario del hijo mayor de edad al domicilio del progenitor obligado al pago de alimentos. N) Cambio tácito de la guarda y custodia o convivencia temporal del hijo menor de edad con el progenitor no custodio. 6. Tramitación de la oposición del ejecutado. A. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales. B. Sustanciación de la oposición por motivos de fondo. 5. Otras cuestiones relacionadas con el pago de las pensiones. A. Administración de la pensión alimenticia. B. Prestación de los alimentos en casa del alimentante. III. La ejecución del pronunciamiento de atribución del uso de la vivienda. IV. La ejecución del pronunciamiento sobre atribución de guarda y custodia. V. La ejecución del pronunciamiento sobre régimen de visitas.

I. Inicio de la ejecución

Una vez que los cónyuges de mutuo acuerdo o en su defecto el juez han establecido las medidas que van a regular en el futuro las relaciones personales, patrimoniales y paterno filiales de los cónyuges, su incumplimiento va a dar lugar al inicio de una tortuosa, complicada y eternizable ejecución de sentencia que, a pesar de las modificaciones que se han introducido en la LEC, vamos a seguir padeciendo tanto los justiciables como los profesionales del derecho.

1. Cuestiones generales

A) LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA EJECUCIÓN

En principio, la ejecución de las resoluciones dictadas en los procedimientos matrimoniales sólo puede iniciarse a instancia de parte, si bien, y respecto exclusivamente a cuestiones que afecten a los menores de edad, cabe la posibilidad de que a instancia del Ministerio Fiscal o de oficio pueda el tribunal acordar las medidas que estime convenientes, y concretamente las enumeradas en el art. 158 del CC¹. No se in-

¹ Conforme a lo establecido en el art. 158 del CC, el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

corporó al texto de la ley una enmienda del Grupo Socialista que pretendía que la ejecución de las disposiciones de carácter patrimonial contenidas en sentencias que versen sobre asuntos de familia fuesen ejecutadas de oficio por el órgano jurisdiccional de 1.ª Instancia, ni tampoco la creación de un fondo de pensiones.

Si en la sentencia se han fijado pensiones alimenticias destinadas a hijos mayores de edad, surge la cuestión de determinar si la legitimación para reclamar las no abonadas la tiene el progenitor con el que éstos conviven o cabe la posibilidad de que los hijos puedan reclamarlas directamente dentro del procedimiento matrimonial. Respecto a esta cuestión, nada aclara el texto de la nueva LEC, y por tanto seguimos con la misma incertidumbre que hasta ahora, aunque bien es cierto que la tesis mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia² se inclinan por la primera de las opciones, es decir, sólo tendrán legitimación para reclamar la ejecución de la sentencia el progenitor con el que convivan los hijos mayores. No obstante, existen secciones de Audiencias, como las Sec. 3 y 4 de la AP de Granada³, que exigen la personación del hijo

² «Si bien es cierto que se estableció a favor de una hija de los litigantes, dicho pronunciamiento recayó en la litis de separación matrimonial de los mismos, que no admite, en ningún caso, otras partes que los cónyuges, pues las medidas complementarias a adoptar en la sentencia, conforme a lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil, aunque afecten a los hijos, no legitiman, en modo alguno, a éstos para personarse en el procedimiento a fin de defender sus derechos de forma independiente, siendo sus progenitores los únicos legitimados al efecto, en cuanto las referidas medidas están subordinadas, y por ello son inseparables, al nuevo estado civil, ejercitándose las acciones correspondientes, en especial las de carácter alimenticio, en virtud de la representación que por Ley corresponde a padre y madre (art. 154.2 en relación con el 93.1 del Código Civil), lo que nos lleva además a resolver sobre la legitimación de la madre para solicitar la ejecución de acuerdo a lo que resulta de la jurisprudencia citada y del redactado del propio artículo 91 y del art. 93 del Código Civil» (SAP de Madrid Sec. 22ª, de 26 de septiembre de 1995 y SAP de Barcelona, Sec. 18ª de 16 de septiembre de 1999).

³ Si bien es verdad que la obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos no cesa con la mayoría de edad de éstos, sino que, conforme al artículo 142 del CC se prolonga mientras el hijo no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, también es cierto que el art. 39 del CC, según la redacción que le da la Ley de 15 de octubre de 1990, permite que estos derechos de los hijos mayores de edad puedan ser hechos efectivos en el mismo procedimiento de separación o divorcio de sus progenitores; pero para ello es indispensable, no sólo que quede acreditado que el hijo no ha completado su formación por causa que no le sea imputable, como exige el art. 142, sino también, por aplicación de principios procesales inderogables, que lo solicite persona legítima, la que no es precisamente la madre, que no es quien para servir de intermediaria, pues carece de poder o representación para actuar en nombre de un hijo mayor de edad que cuenta con plena capacidad jurídica y que puede, o bien comparecer en el procedimiento de separación o divorcio, haciendo valer sus propios derechos, o bien interponer un procedimiento de alimentos contra su padre, que puede ser el especial y sumario que le brindan los artículos 1.609 y ss. de la LEC» (SAP Granada, sec. 3ª, 27 de enero de 1998).

mayor de edad, tanto para la fijación de la pensión, como lógicamente para la reclamación de atrasos y que no permiten en ningún momento la representación por parte del progenitor.

B) JUZGADO COMPETENTE PARA LA EJECUCIÓN

Según señala el art. 545 de la LEC, será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de acuerdos judicialmente homologados, el tribunal que conoció del asunto en primera instancia.

C) FORMA DE SOLICITAR LA EJECUCIÓN

La forma general de solicitar la ejecución es mediante la presentación de una demanda ejecutiva que debe reunir los requisitos que se contienen en el art. 549 de la LEC, no obstante, el segundo número de este artículo señala que cuando el título ejecutivo sea una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda.

D) INTERVENCIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR

De conformidad con lo establecido en el art. 539 de la LEC, el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por Letrado y representados por Procurador.

E) COSTAS DE LA EJECUCIÓN

Las costas que se causen en la ejecución de las resoluciones matrimoniales serán de cargo del ejecutado, sin necesidad de expresa imposición (art. 539,2 de la LEC).

2. *Ambito de la ejecución*

Teniendo en cuenta las distintas resoluciones que pueden dictarse a lo largo de los procedimientos matrimoniales por los que pueden pasar los cónyuges —medidas previas, provisionales, sentencia de separación, divorcio y nulidad, sentencia de modificación de medidas, sentencia declarando la eficacia civil de una resolución eclesiástica—, hay que precisar que cada una de ellas tendrá su propia ejecución autó-

noma. Sin embargo, el art. 555 de la LEC, permite la acumulación de ejecuciones: «A instancia de cualquiera de las partes, se acordará la acumulación de los procesos de ejecución pendientes entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado». Dicha acumulación se sustanciará en la forma prevenida en los arts. 74 y ss. de la LEC, es decir, deberá solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso más antiguo, y su tramitación dependerá de que las ejecuciones se encuentren pendientes ante un mismo tribunal o ante distintos tribunales.

3. Momento desde el que puede solicitarse la ejecución

A) MEDIDAS PROVISIONALES

Los pronunciamientos que se contengan en los autos de medidas previas y provisionales son ejecutables inmediatamente, ya que contra los mismos no cabe interponer ningún tipo de recurso. No obstante, será de aplicación lo dispuesto en el art. 548 de la LEC: «El tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

¿Podremos reclamar las pensiones alimenticias —o contribución a las cargas del matrimonio— desde la fecha del auto o, como señala el art. 148 del CC desde que se presentó la demanda? No existe unanimidad entre los tribunales en esta cuestión diferenciándose básicamente dos posturas:

—*La pensiones sólo deben abonarse desde la fecha en que se dicta el auto de medidas provisionales.*

En materia de alimentos en sede del proceso de familia, no rige el principio de retroactividad del art. 148 del CC, pues existen normas propias especiales de aplicación preferente, y al estar previsto en el sistema la existencia de medidas provisionales del art. 104 del CC, así como de medidas provisionales del art. 103, la vigencia de las medidas establecidas en la sentencia definitiva no desplegará sus efectos sino desde la fecha de la propia sentencia que las establece⁴.

⁴ *La pensión alimenticia debe abonarse desde la fecha del auto de medidas provisionales y no desde la presentación de la demanda. AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de marzo de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.* Es preciso enjuiciar la pretensión del demandante de que los efectos de las medidas provisionales se esta-

—*Las pensiones alimenticias se abonarán desde la presentación de la demanda, con independencia de la fecha en que se haya dictado el auto de medidas provisionales.*

La base de esta tesis se encuentra en lo establecido en el art. 148 del CC: «*La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda*», artículo que resulta de aplicación a las pensiones alimenticias fijadas en los procedimientos matrimoniales por disponerlo expresamente el art. 153 del CC: «*las disposiciones que preceden son aplicables a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo ordenado por el testador o lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate*»⁵.

blezcan desde la fecha del auto que las estableció, y de los medios de prueba practicados se desprende con absoluta claridad, que la retroactividad de los efectos de las obligaciones económicas de carácter alimenticio del auto que fijó las medidas provisionales, no fueron en absoluto solicitadas por la parte que instó tales medidas, por lo que el reconocimiento de tal carácter en el auto impugnado implica que la juzgadora de instancia incurrió en incongruencia *supra petita*. No hay que olvidar que en los litigios matrimoniales, cualquiera de las partes dispone de la posibilidad de instar la adopción de medidas provisionálísimas del art. 104 del CC, que en su configuración tras la reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no precisan las notas de urgencia que la anterior regulación exigía, y sólo ha de acreditarse la oportunidad y la necesidad de tales medidas entre las que figura, sin lugar a dudas como de superior relevancia, el establecimiento y fijación de alimentos para cubrir las necesidades de la familia por mientras se interpone la demanda de separación y tales medidas son sustituidas, en su caso, por las de carácter «provisional». En consecuencia con lo anterior, el art. 148 del CC es la norma general sobre alimentos, que cede ante la regulación especial de los mismos en los procedimientos de familia, por lo que su aplicación no puede ser nunca dispuesta de oficio en lo que se refiere a la fecha de retroacción de los efectos, sino siempre por rogación de parte, y previo pronunciamiento motivado en cada uno de los supuestos que puedan presentarse. Tal conclusión es la que se desprende de una interpretación sistemática del procedimiento típico de familia, pues de lo contrario, las reiteradas fases en que el juez ha de pronunciarse sobre la cuantía de los alimentos en un mismo litigio, —medidas provisionálísimas, provisionales, modificación de medidas, oposición al auto de medidas, Sentencia definitiva en la instancia y sentencia de apelación—, pugnaría con los principios más elementales de la seguridad jurídica, ante la posibilidad de retrotraer efectos respecto a la regulación consecutiva de una misma materia.

⁵ *La pensión alimenticia fijada en la sentencia matrimonial producirá sus efectos desde la fecha de interposición de la demanda, ya que resulta de aplicación lo establecido en el art. 148 del CC, AP BARCELONA, Sec. 18, Sentencia de 16 de febrero de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.* La única cuestión sometida a examen en esta alzada por la esposa apelante, es la relativa a la fecha que ha de tomarse en consideración para el abono de la pensión alimenticia, esto es, el *dies a quo* a partir del cual la prestación de alimentos debe producir sus efectos, es decir, si es el de la fecha de la sentencia, cual indica la resolución de instancia, o el de la interposición de la demanda, como sos-

Junto a estas dos opciones, podemos incluir a una tercera intermedia que incluye a ambas, y que sostiene que la pensión alimenticia hay que abonarla desde la fecha de presentación de la demanda si en esa fecha ya no existía la convivencia entre los progenitores y se incumplían

tiene la recurrente, y en concreto si es aplicable a los procesos matrimoniales la normativa contenida en el art. 148 del CC.

Siendo ésta la sola cuestión controvertida en la presente apelación, es de señalar que, por lo que respecta al *dies a quo* para el devengo de los alimentos, este Tribunal es del todo favorable a la interpretación de que es perfectamente aplicable a los casos como el que nos ocupa el contenido del art. 148 del CC, de forma que aquéllos deben devengarse desde la fecha de la interposición de la demanda. Esta misma tesis ya fue sostenida con reiteración por la Sala 1.^a de la extinta Audiencia Territorial de Cataluña, así, entre otras, en sentencias de 14 de abril de 1987 y 21 de septiembre de 1988, y también por esta misma Audiencia Provincial, así en sentencias de la Sección 1.^a de 31 de octubre de 1996, y de esta misma Sección 18.^a de 25 de noviembre de 1998 y 19 de enero de 1999, por citar sólo algunas de las más recientes, en las cuales se destaca, que la naturaleza de la obligación de alimentos de los padres para con sus hijos nace del hecho mismo de la procreación y se configura por la Ley como obligación legal, y que, por ende, no puede ser constituida por sentencia, sino declarada, y de ahí que, como toda obligación que deriva de un hecho jurídico o de un acto jurídico, tiene que producir sus efectos, en tanto que afirmados y reconocidos por una sentencia, desde la fecha de la acción, es decir, desde la demanda rectora de la litis. Históricamente este es precisamente el contexto del art. 148 del CC, cuya redacción original se mantiene en la actualidad, la cual se corresponde a un momento cronológico en que las reclamaciones de alimentos por razón de la generación biológica se canalizaban a través del juicio declarativo correspondiente, en estricta observancia de lo dispuesto en el art. 1.615 de la L.E.C. en relación con el 1.609 de la misma, que configura el procedimiento —aún más antiguo— de alimentos provisionales. De otra parte, la distinción entre alimentos entre parientes y alimentos derivados de situaciones de crisis convivenciales, que ciertamente ha tenido más o menos fortuna desde la definitiva regulación de la separación y del divorcio por la reforma de la Ley de 7 de julio de 1981, no tiene dogmáticamente sentido, ni tampoco, en la realidad social actual, atendiendo a la configuración que la Ley de la potestad del padre y de la madre —de aplicación preferente en Cataluña— hace de los alimentos, así como la definitiva que realiza el nuevo Código de Familia de 15 de julio de 1998, en el cual desaparece precisamente la dicotomía antes mencionada. Ciertamente algunos autores defienden e incluso hay Tribunales que sancionan que las sentencias de separación, nulidad o divorcio están llamadas a regular *ex nunc* todos los efectos civiles del cambio de estado que efectivamente constituyen, y entre ellos también las previsiones en materia de alimentos por causa de generación biológica, por el hecho de que los arts. 91, 93 y concordantes del CC se limitan a indicar al Juez de Familia su obligación de pronunciarse en cuanto a estos aspectos, en defecto de convenio regulador —art. 90 CC—. Pero sostener tal tesis, según criterio de esta Sala, implica desconocer la naturaleza intrínseca de la obligación de reconocimiento o fijación de efectos, ya que una cosa es que la Ley indique al Juzgador que de oficio puede regular aspectos que incluso las partes no han planteado, dada la naturaleza de orden público de tales medidas y atendido el interés asimismo público de que tales cuestiones no queden sin resolver, y otra bien distinta es derivar su pronunciamiento al nacimiento de las obligaciones mencionadas. A menudo se argumenta que para el aseguramiento de situaciones perentorias, como es la alimenticia, existen las medidas provisionálísimas, las provisionales. —Arts. 102 y 103 del CC— o las

las obligaciones alimenticias y desde la fecha del auto de medidas provisionales cuando cesó la convivencia por efecto de éste⁶. Realmente, con esta tesis se da cumplimiento a lo establecido en el art. 148 del CC, ya que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir», necesidad que surge desde el momento en el que uno de los progenitores deja de abonar las cantidades necesarias para atender al sustento de los hijos.

Así pues, habrá que analizar cada supuesto de forma individual y aplicar una u otra tesis según las circunstancias que concurran en cada caso. Lo que no parece lógico es que se dicte el auto de medidas a los

cautelares, a adoptar al amparo del art. 158 del propio Texto Legal, pero mantener que para conseguir un pronunciamiento desde el mismo momento en que surge la necesidad alimenticia, deba siempre acudir al procedimiento cautelar, comporta, de un lado, convertir a este procedimiento, que es secularmente facultativo, en una vía procesal obligatoria «de facto», y, de otro, reducir la obligación legal derivada de un hecho natural jurídicamente protegido a una obligación derivada de un simple acto de autoridad, conclusión ésta que resulta inaceptable desde los postulados del propio art. 39.3 de nuestra Carta Magna, y todo ello sin olvidar la nefasta y discriminatoria consecuencia en todos aquellos casos en que la sentencia no realiza ninguna modificación del estado civil de las personas —como ocurre en las situaciones *more uxorio*—, en que la misma tesis resultaría inaceptable, debiéndose de aplicar forzosamente en éstas el art. 148 del CC, de forma que las situaciones matrimoniales se verían comparativamente penalizadas. Por tanto, en cuanto a este extremo, debe concluirse que la obligación de alimentos declarada en sentencia producirá sus efectos desde la demanda que objetiva su necesidad, siendo de añadir, finalmente, que además ello no comporta ni implica en absoluto una interferencia del inveterado principio «in praeteritum non profitetur».

⁶ *La pensión alimenticia fijada en el auto de medidas provisionales debe abonarse desde la fecha en que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas. AP Zaragoza, sec. Auto de 1 de marzo de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.* La aplicabilidad del art. 148 CC a las pensiones señaladas en los litigios matrimoniales no ha sido objeto de una solución tan uniforme como sería de desear, así, las SAP de Madrid, de 18-3-1992, Burgos, 10-5-1993 y Baleares, 16-2-1998, se inclinan por una respuesta negativa, mientras que las SAP de Vizcaya, de 10 y 24-11-1997 se han pronunciado en sentido contrario, si bien en contemplación del caso particular que se les planteaba, en el que se apreciaba un notable retraso en la adopción de las medidas por parte del juzgado.

La argumentación de la que parece partir la esposa es la de que en todo caso el devengo de los alimentos se produce siempre al menos desde su reclamación, pero tal afirmación supone una lectura poco atenta del precepto. Como recuerda la STS de 10-11-1987, el derecho a los alimentos surge desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, y ocurre que tal necesidad no surge en los litigios matrimoniales sino desde que se rompe la convivencia en razón de las medidas acordadas, momento a partir del cual, y esta es la finalidad perseguida por el art. 103 CC, es necesario subvenir a las necesidades familiares en una situación de disgregación familiar, por lo que el pago de las contribuciones en él acordadas no tiene que llevarse a cabo sino cuando ésta se produce, lo que ocurrió en el presente caso, y este extremo no es discutido por la esposa, el día 19-10-1997. Si ello es así, el marido tan sólo había de pagar por el mes de octubre los 12 días que faltaban hasta la siguiente mensualidad, esto es, 38.710 ptas.

diez meses de haberse solicitado y luego el tribunal mantenga que la pensión alimenticia debe abonarse sólo desde la fecha de auto cuando al presentarse la demanda uno de los progenitores ya había abandonado el domicilio familiar y desatendido sus obligaciones. No obstante, y en estos casos, cabe la posibilidad de acudir a lo establecido en el art. 132 de la LEC: «*Las actuaciones del juicio se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas. 2. Cuando no se fije plazo ni término, se entenderá que han de practicarse sin dilación. 3. La infracción de lo dispuesto en este artículo por los tribunales y personal al servicio de la Administración de Justicia de no mediar justa causa será corregida disciplinariamente con arreglo a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho de la parte perjudicada para exigir las demás responsabilidades que procedan*» y por tanto, será cuestión de exigir las responsabilidades que procedan.

B) MEDIDAS FIJADAS POR LOS CÓNYUGES EN EL CONVENIO REGULADOR

Cuando las partes acuerdan regular los efectos de la separación o divorcio por medio de un convenio regulador, en el que fijan una serie de obligaciones económicas, cabe preguntarse ¿desde qué fecha podrá reclamarse el pago de estas obligaciones?, ¿desde la fecha del convenio regulador o desde la fecha en que se apruebe judicialmente el mismo? El párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil señala que «*Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivas por la vía de apremio*», pero ciertamente el precepto legal no nos resuelve la cuestión, ya que de él únicamente se desprende que antes de la reclamación por vía de apremio será necesario la homologación judicial del convenio regulador, por lo que queda en el aire la exigibilidad de las pensiones que han transcurrido desde la firma del convenio regulador hasta la fecha de la sentencia.

Para resolver la controversia habrá que tener en cuenta dos cuestiones:

- La finalidad para la que se otorgó el convenio regulador, esto es, si fue con motivo de una separación de hecho, o para regular las relaciones personales y paterno-filiales entre los cónyuges una vez que se dicte la sentencia de separación o divorcio. Es decir, habrá que tener en cuenta si tras la firma del convenio continúan o no conviviendo ambos cónyuges en el mismo domicilio y cumpliendo voluntariamente sus obligaciones personales y paterno filiales.

—La naturaleza que se le atribuya al convenio regulador. Si es considerado únicamente como un requisito procesal para interponer una demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, sus efectos se producirán desde que el juez incorpore el convenio a la sentencia⁷. Si por el contrario, el convenio regulador se considera como una transacción entre los cónyuges sometida a condición —aprobación judicial—, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.120 del Código Civil, los efectos de la obligación condicional, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella, y por tanto, podrán exigirse las obligaciones de tipo económico que figurando en el convenio no se hayan hecho efectivas⁸.

⁷ *La pensión fijada en el convenio regulador debe hacerse efectiva desde la fecha de aprobación del mismo y no desde la presentación de la demanda.* **AP. BARCELONA. Sec. 12. Auto de 21 de febrero de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.** Contra el pronunciamiento del juez de instancia se alzó el esposo, invocando la infracción del art. 90 del CC, en cuanto que el auto aclaratorio retrotrae los efectos del convenio al momento de presentar demanda, y no al de aprobación de sentencia por auto. Dicha pretensión debe ser estimada pues no tratándose de los provisionales del art. 1.609 a 1.616 de la L.E.C., fundados en disposición del art. 148 del CC sino en el art. 90 del CC, es visto que su efectividad en la cuantía de 35.000 ptas., lo serán desde su aprobación por el Juez, fecha en que podrán hacerse efectivos por la vía de apremio (párrafo antepenúltimo del citado art. 90 del CC), y no desde la presentación de la demanda, como incorrectamente expresa el auto de aclaración de 27 de junio de 1997, que se revoca.

⁸ *Las cantidades por pensión compensatoria y alimentos de los hijos fijadas en la sentencia de separación, deben satisfacerse desde la fecha de suscripción del Convenio.* **AP BARCELONA, Sec. 18, Auto de 15 de septiembre de 1999. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana M.ª García Esquius.** En lo que al fondo del asunto concierne la pretensión de la ejecutante debe prosperar en base a que las cantidades por pensión compensatoria y alimentos de los hijos, fijadas en la sentencia de separación, deben satisfacerse, lógicamente y a sensu contrario de lo que interpreta el esposo, desde la fecha de suscripción del Convenio. Cabe citar aquí la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 1997 que recoge la doctrina jurisprudencial al respecto: «La Sentencia de 25 junio 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la de 26, enero 1993 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses, lo acordado en el Convenio es válido y eficaz como negocio jurídico bilateral que es, aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, una de las cuales es notario en ejercicio, y la aprobación judicial u homologación le otorgará eficacia procesal, pero la validez de sus pactos no deriva de su aprobación judicial sino de su naturaleza de negocio jurídico y de la fuerza vinculante de los contratos que consagran» los artículos 1.255, y ss. del Código Civil.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, las partes vienen obligadas a cumplir el negocio jurídico concertado al amparo del principio de autonomía de la voluntad y si conforme a lo que dispone el artículo 1.258 del Código Civil en la interpreta-

C) PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

En cuanto a los pronunciamientos de la sentencia definitiva, es necesario efectuar la siguiente distinción:

A) Pronunciamiento respecto a la causa de separación, divorcio y nulidad

El pronunciamiento que se contenga en la sentencia respecto a la separación de los cónyuges, la disolución y la nulidad del vínculo, en principio sólo puede tener eficacia cuando la sentencia adquiera firmeza. No obstante, existe otro camino por el que llegar a la firmeza de este tipo de pronunciamiento: Cuando una de las partes haya recurrido la sentencia, y no haya hecho constar expresamente en su escrito de preparación del recurso, que recurre el pronunciamiento principal del procedimiento, siempre y cuando el cónyuge que inicialmente no recurrió la sentencia, no presente escrito de impugnación de la sentencia respecto a este pronunciamiento, con ocasión del traslado del escrito de interposición del recurso que se prevé en el art. 461 de la Lec. Por expresa disposición del art. 525 de la LEC no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en los procesos sobre nulidad matrimonial, separación y divorcio.

B) Medidas del art. 91 del CC

Respecto a las medidas que se contienen en la sentencia de separación, divorcio y nulidad, por expresa disposición del art. 774,5 de la LEC, estas medidas pueden ejecutarse desde la fecha de la sentencia en que se hayan adoptado, puesto que los recursos que se interpongan contra la misma no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Ahora bien ¿Qué pasa si luego la Audiencia revoca algún pronunciamiento de la sentencia? Respecto a la medida de

ción de los contratos debemos estar en primer lugar a la literalidad de sus cláusulas, no cabe duda de que cuando las partes dicen que las cantidades pactadas se actualizarán «anualmente en función del Índice de precios al consumo determinado por el Instituto Nacional de Estadística, y serán vigentes, en cuanto a las inicialmente establecidas durante todo el año 1992, correspondiendo la primera actualización a enero de 1993», están diciendo precisamente eso y no otra cosa porque si hubieran condicionado la actualización a la aprobación judicial y a la fecha en que éste se produjera, deberían haberlo indicado expresamente y no lo hicieron. Por tanto, ante la claridad del redactado del Convenio a ella deberán someterse: corresponde la primera actualización de todas las cantidades pactadas, alimenticia, compensatoria y por cargas del matrimonio, a enero de 1993, como solicita la esposa.

guarda y custodia, régimen de visitas y atribución del uso de la vivienda familiar el pronunciamiento no podrá tener efecto retroactivo por razones obvias. Sin embargo la cuestión controvertida se centra en el pronunciamiento de contenido económico, ya que la pensión alimenticia que señaló el Juzgado de Instancia pudo ser modificada al alza o a la baja, e incluso no fijarse en la sentencia de la Audiencia Provincial:

- Supuesto en el que la Audiencia aumenta la cuantía de la pensión alimenticia que fijó el juzgado.* En principio, y salvo que la Audiencia dé carácter retroactivo a su decisión, no se podrá reclamar la diferencia entre las pensiones alimenticias abonadas y las que realmente debió abonar.
- Supuesto en el que la Audiencia rebaja la cuantía o declara la no procedencia de la pensión alimenticia.* Tratándose de pensiones alimenticias y teniendo en cuenta el carácter y naturaleza esencialmente consumibles de las mismas, no procederá su devolución⁹.

C) Pronunciamientos en materia de derecho dispositivo de las partes

La acción ejecutiva de este tipo de pronunciamientos sólo podrá iniciarse cuando la sentencia adquiera firmeza, no obstante, conforme a lo establecido en el art. 525 de la LEC, serán ejecutables provisionalmente los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones

⁹ *Aun cuando en el caso de autos no resulta aplicable con efectos retroactivos el art. 93,2 del CC, no procede las devoluciones del importe de las pensiones alimenticias abonadas por el padre desde la mayoría de edad de las hijas. AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 3 de abril de 1998. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Isabel Cámara Martínez.* «La cuestión en definitiva que se plantea en esta alzada es la relativa a determinar si procede devolver o no lo indebidamente percibido en concepto de pensión alimenticia, esto es, el carácter retroactivo o irretroactivo de lo indebidamente percibido por dicho concepto, debiéndose estar a este último, en base a las siguientes consideraciones: a) por analogía con la interpretación que nuestro T.S. da al art. 1.615 de la L.E.C. relativo a los alimentos provisionales en Sentencia de fecha 26 de octubre de 1897:»... no puede darse efecto retroactivo a la sentencia de segunda instancia que disminuye la pensión alimenticia en la primera, atendido el carácter ejecutivo que a ésta atribuye el art. 1.615 de la L.E.C., ni dada la naturaleza de los alimentos procede devolución ninguna de los que han debido percibirse por dicha razón desde que se asignaron»; b) porque este es el carácter en el que se inspiró el legislador al redactar el párrafo segundo del art. 148 del CC a cuyo tenor si fallece el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente; c) y finalmente el carácter irretroactivo es claro por cuanto lo recibido en concepto de alimentos puede estar ya consumido al tiempo de exigir el alimentante la devolución al alimentista»

patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso, entre los que lógicamente se encuentra la pensión compensatoria.

La ejecución provisional debe solicitarse mediante una demanda que podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución provisional, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda. Es necesario precisar que no hace falta prestación alguna de fianza.

¿Quién puede pedir la ejecución provisional? Señala el art. 526 de la LEC *«quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia»*. Por lo tanto puede solicitarla incluso la parte que haya apelado la sentencia.

¿Cuándo puede pedirse la ejecución provisional? De acuerdo con lo establecido en el art. 527 de la LEC *«podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la providencia en que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído sentencia en éste»*. No es obstáculo para pedirla que se hayan remitido los autos a la Audiencia Provincial, en este caso, el solicitante deberá obtener previamente de ésta testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar dicho testimonio a la solicitud.

Dictado el auto en el que se acuerda la ejecución provisional de la sentencia, el ejecutante no puede interponer recurso alguno, aunque cabe la posibilidad de que formule oposición. Teniendo en cuenta que básicamente los pronunciamientos de derecho dispositivo de las partes tienen contenido económico, será aplicable lo establecido en el art. 528,3 de la LEC, y por tanto, no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. En este caso, el ejecutado habrá de indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución, si las medidas alternativas no fueren aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultare posteriormente confirmado.

Habiéndose solicitado y concedido la ejecución provisional es necesario analizar las consecuencias que puede tener posteriormente los pronunciamientos de la Audiencia Provincial:

- Sentencia de apelación que confirma la procedencia y cuantía de la pensión compensatoria fijada en 1.ª Instancia.** En este caso, la ejecución continuará si no hubiese terminado.

- Sentencia de apelación que fija una pensión compensatoria inferior.** Según lo dispuesto en el art. 533,2 de la LEC *«Si la revocación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero».*
- Sentencia de apelación que fija una pensión compensatoria superior.** Teniendo en cuenta que conforme a lo establecido en el art. 576 de la LEC, la sentencia dictada en apelación retrotrae sus efectos a la fecha de la sentencia de 1.ª Instancia, procederá reclamar la diferencia entre las pensiones compensatorias abonadas y las que realmente debió abonar¹⁰.

¹⁰ Durante la vigencia de la anterior LEC, y aplicando el art. 921 de la LEC, de similar contenido al art. 576 de la nueva LEC, el criterio mayoritario se inclinaba por esta tesis: **AP BARCELONA, Sec. 12, Auto de 1 de julio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.** *«La resolución objeto de la apelación estimó el recurso de reposición interpuesto por el actor, contra la providencia de fecha 24.7.1998, mediante la cual el juzgador de la instancia resolvió la pretensión ejecutoria formulada por la demandada, por la que la misma interesaba que se despachara ejecución por la deuda de atrasos devengada en concepto de pensión compensatoria desde la fecha de la sentencia de separación dictada en instancia en los presentes autos (3.7.97), que fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4.5.1998. La resolución judicial impugnada estimó el recurso contra la providencia que dio lugar a la pretensión ejecutoria y establece la fecha de los efectos de la pensión compensatoria fijada por la sentencia de la Audiencia Provincial, en la de la sentencia dictada en apelación. La pretensión de la recurrente tiene por objeto solicitar de la Sala que se revoque la referida resolución y se establezca el carácter retroactivo de la obligación constituida, fijando sus efectos en los de la fecha de la sentencia dictada en la instancia el 3.7.1997. La necesidad de acoger lo solicitado por el recurrente deriva de lo establecido en el art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los arts. 919 y 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consagran la naturaleza ejecutiva de las sentencias firmes, en base al fundamental principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, así como el criterio jurisprudencial de determinación de los efectos de las resoluciones judiciales en la fecha de la sentencia de instancia, tal como viene expresado por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 4.11.1991, 18.3.1993 y 18.11.1996, y ha reiterado esta Audiencia Provincial, en los Autos de esta sección de 3.10.1995 (rollo 320/94), 26.6.1997 (rollo 905/96) y de 9.11.1998 (rollo 718/97), entre otras resoluciones. En el caso de autos, la obligación que atañe al actor de abonar la pensión compensatoria en la cuantía fijada por la sentencia firme de separación, le es exigible desde que tal resolución desplegó su eficacia, con retroacción de sus efectos a la fecha de la sentencia de instancia, que fue confirmada plenamente en la alzada en cuanto a la las medidas adoptadas para regular los efectos de la crisis matrimonial. Ha de tenerse presente que las facultades revisoras que competen a la Sala de apelación, conllevan la ficción legal de sustituir o mantener el contenido obligacional de las sentencias dictadas en la instancia, sin que*

- Sentencia de apelación que revoca totalmente la sentencia de instancia y no fija pensión compensatoria.** En este caso será de aplicación lo establecido en el art. 533,1 de la LEC: *«Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado»*. Lógicamente esta reclamación se llevará a efecto dentro de la propia ejecución de sentencia matrimonial.
- Sentencia de apelación que establece una pensión compensatoria que fue desestimada en 1ª Instancia.** Habida cuenta que conforme a lo establecido en el art. 576 de la LEC, los efectos de la sentencia dictada en apelación se retrotraen a la fecha de la sentencia de 1ª Instancia, procederá reclamar todas las pensiones devengadas desde esta fecha.

4. Régimen transitorio de las ejecuciones en la nueva LEC

Una cuestión práctica de extraordinaria importancia es la relativa a la eficacia y ejecución de las medidas que se contienen en la sentencia o su propia ejecución, cuando la sentencia se dicte con anterioridad a la

pueda beneficiar a la parte que ha visto atendida parcialmente su pretensión, la demora necesaria derivada de la sustanciación del recurso. En consecuencia, el motivo de impugnación ha de ser acogido, y la resolución de instancia ha de ser revocada en su integridad».

AP MADRID, Sec. 22, Sentencia de 16 de julio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco: *«Partiendo que la propuesta del Convenio Regulador protocolizado notarialmente, por su falta de ratificación y sanción judicial no es por esta razón un elemento determinante ni vinculante a los efectos de la fijación de la pensión compensatoria, sino, por el contrario, un elemento más a la hora de su determinación judicial, según el artículo 97 del Código Civil, sirviendo de orientación y referencia como en el presente caso de autos, en que no existe una concreción de la situación económica y patrimonial de los litigantes; circunstancia ésta, que unida a la forma y modo de vida llevada por el matrimonio reveladora de una holgada situación económica y de dependencia de la esposa frente al esposo según el status del matrimonio, conlleva necesariamente a la conclusión de confirmar la cuantía de la pensión compensatoria fijada en 1.ª instancia al no concurrir error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba a los efectos de su cuantificación; pensión compensatoria que al ser confirmada en esta instancia tendrá efectividad desde la fecha de la sentencia de 1.ª instancia tanto en su cuantía como en la temporalidad de la misma a los efectos de computar los cinco años de vigencia»*.

entrada en vigor de la LEC. Analicemos los distintos supuestos que pueden presentarse:

a) *Sentencias dictadas antes de entrar en vigor la nueva LEC y que se encuentra pendientes de resolución del recurso de apelación*

A estos supuestos será de aplicación lo establecido en la disposición transitoria tercera de la LEC, es decir, la apelación se sustanciará de acuerdo con la normativa anterior, no obstante, podrá pedirse conforme a lo dispuesto en la nueva LEC la ejecución provisional de la sentencia estimatoria apelada. Por tanto, en cualquier momento antes de que se dicte la sentencia por la Audiencia Provincial, cualquiera de las partes podrá solicitar la ejecución provisional de la sentencia. Es necesario aclarar que el pronunciamiento principal de separación, divorcio y nulidad no alcanzará firmeza hasta tanto se dicte la sentencia de apelación, ahora bien: ¿Qué pasa con las medidas que se acordaron en la sentencia? ¿Tendrá eficacia inmediata o habrá que esperar a que se dicte la sentencia de apelación? Las disposiciones adicionales de la LEC no señalan nada respecto a esta cuestión, de lo que cabe deducir que, por aplicación del art. 2,3º del CC, estas medidas no se beneficiarán de lo establecido en el art. 774, 5 de la nueva LEC. No obstante, parece que, al menos respecto a los pronunciamientos de contenido económico, podrá solicitarse la ejecución provisional. En cuanto al resto de pronunciamientos la única vía posible es el art. 158 del CC.

b) *Ejecuciones que se encuentren en trámite a la entrada en vigor de la nueva LEC*

De acuerdo con lo señalado en la disposición transitoria sexta de la LEC «Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que puedan realizar o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante».

II. La ejecución de los pronunciamientos de contenido económico

1. *Medidas de garantía ante el impago de pensiones*

Como en algunos supuestos, la demora en el pago de la pensión puede repercutir muy negativamente en los beneficiarios de la misma, privándoles incluso de las necesidades más básicas para subsistir, cuando el progenitor o el cónyuge no cumple regularmente con su obli-

gación en el modo, lugar, tiempo y cuantía que se estableció en el convenio regulador o en la resolución judicial, se hace preciso adoptar algún tipo de medidas que evite los inconvenientes del impago. Teniendo en cuenta la distinta naturaleza de las pensiones habrá que distinguir entre la alimenticia y la compensatoria.

A) PENSIONES ALIMENTICIAS

Por lo que respecta a los hijos menores de edad, señala el art. 158 del CC, que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. En cuanto a los hijos mayores de edad, el art. 148,3 del CC preceptúa que *«El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades»*.

Así pues, el juez podrá acordar las medidas que estime oportunas para garantizar el pago de las pensiones futuras. Si el obligado al pago de la pensión es un trabajador por cuenta ajena, la medida más usual es la retención directa de la pensión por parte de la empresa donde presta sus servicios, garantizándose de esta forma, que los beneficiarios de la pensión reciban mensualmente y dentro del plazo señalado. Por tanto, ante un incumplimiento reiterado, la parte presentará un escrito en el juzgado solicitando la retención de la pensión de los haberes que perciba el demandado, debiendo tenerse presente al formular este escrito lo siguiente:

- Se hará constar claramente el nombre y dirección de la empresa a la que hay que dirigir el oficio de retención.
- Igualmente se consignará el nombre de la entidad bancaria y el número de la cuenta corriente o cartilla de ahorros donde deben ingresarse las pensiones.
- Es conveniente solicitar que una vez librado el oficio se entregue a la parte para que cuide de su diligenciado y retorno, ya que en caso contrario, se corre el riesgo de que el juzgado remita el oficio por correo sin que quede constancia de la recepción del mismo, lo cual puede plantear algunos problemas si la empresa no procede de inmediato a la retención de la nómina.
- Para evitar posibles impedimentos del juzgado en el momento de acordar la retención, no está de más presentar junto con el escrito una fotocopia de la cartilla de ahorros o del extracto de la cuenta

corriente donde debía hacerse el pago de la pensión, para acreditar de esta forma el incumplimiento.

Recibido el escrito en el juzgado, y sin necesidad de abrir ningún incidente, se dictará providencia acordando la retención y librando el oficio correspondiente. La única circunstancia que debe comprobar el juzgado es que conste de alguna forma el incumplimiento del cónyuge o del progenitor, puesto que si este último está abonando regularmente la pensión, se le estaría penalizando con esta medida, ya que no podemos olvidar la trascendencia social y económica que tiene la retención en la nómina, que en algunas ocasiones lleva al trabajador a perder el empleo y en otras, le priva de la posibilidad de solicitar un préstamo bancario, ya que estas entidades valoran muy negativamente estas retenciones en nómina.

Cuando no pueda emplearse la medida anterior por ser el deudor trabajador autónomo o aparentemente no realiza ningún trabajo remunerado, el garantizar el pago futuro de las pensiones resulta más complicado. No existe inconveniente en acudir a todo el abanico de garantías personales y reales de nuestro derecho de obligaciones: como garantías reales la prenda, la hipoteca y anticresis, el embargo de bienes muebles o inmuebles, con anotación preventiva en el Registro de la Propiedad respecto de éstos, o la constitución de un depósito o la retención de una cuenta corriente o depósito de dinero o valores, etc.; como garantías personales la fianza, el aval bancario y cláusulas personales. No obstante en la práctica forense, dejando a un lado la retención de cuentas corrientes o depósitos bancarios, el resto de las medidas no tienen eficacia práctica. Una cuestión importante en estos casos es determinar que límite temporal podemos establecer para garantizar las pensiones, es decir, cuantas pensiones futuras podremos garantizar. Con la legislación anterior, el art. 1.891 de la LEC permitía garantizar el pago de las pensiones alimenticias correspondientes a un año, sin embargo en la actual LEC no encontramos precepto alguno en este sentido, de lo que cabe deducir que este pronunciamiento quedará a criterio discrecional del Juez, quien a la vista de la cuantía de la pensión y la reiteración en el impago podrá establecer lo que considere adecuado al caso.

Hay que tener en cuenta que en caso de impago reiterado de las pensiones alimenticias será de aplicación lo dispuesto en el art. 776,1.º de la LEC *«Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas»*.

B) PENSIONES COMPENSATORIAS

A diferencia de la pensión alimenticia, no encontramos en el ordenamiento jurídico ninguna norma que nos permita garantizar el cumplimiento de las futuras pensiones compensatorias. Por vía del art. 578 de la LEC podríamos ampliar la ejecución iniciada con los vencimientos de nuevos plazos, pero el mismo artículo contiene un importante obstáculo cuando señala «*Al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes*», de lo que se deduce que no se puede adoptar medida alguna de ejecución para todas las futuras mensualidades, ya que la ampliación del embargo dependerá de que el deudor abone o no cada una de las futuras pensiones dentro del plazo.

¿Podría aplicarse al impago reiterado las multas coercitivas que se contienen en el art. 776.1.º de la LEC? La circunstancia de que este artículo haga referencia «al cónyuge o progenitor» en principio nos hace inclinarnos por una respuesta afirmativa, ya que claramente se está refiriendo a obligaciones entre cónyuges. Claro que entre cónyuges, existen obligaciones alimenticias y compensatorias, y por otro lado, siempre que el legislador habla de medidas se está refiriendo a las del 103 del CC, y que diferencia de las «pretensiones» que se formulen en los procesos a que se refiere este Título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable». Teniendo en cuenta que en la LEC no se establece la posibilidad de imponer multas para el pago específico de prestaciones dinerarias¹¹, posiblemente sea más lógico interpretar que no cabe esta posibilidad en los supuestos de impago de pensiones compensatorias.

Ante estos graves inconvenientes, habrá que tomar buena nota para que cuando se solicite una pensión compensatoria se pida igualmente, como señala el art. 97 del CC, la fijación de las garantías para su efectividad, entre las que puede estar sin duda la retención de sueldos ante el impago reiterado.

2. *Solicitud de ejecución*

Cuando la persona obligada al pago de la pensión alimenticia o compensatoria no lo verifica dentro del plazo establecido, la parte be-

¹¹ Sólo se prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas al ejecutado en caso de no presentar la declaración de bienes.

neficiaria de dicha prestación no tendrá mas remedio que acudir al juzgado para obtener el pago de lo que se le adeuda.

No se establece en la LEC la necesidad de requerimiento previo antes del inicio de la vía de apremio, ya que el art. 580, señala: «*Cuando el título ejecutivo consista en resoluciones judiciales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero, no será necesario requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes*». Ahora bien, una cosa es que no sea necesario y otra bien distinta que la parte ejecutante considere oportuno este previo requerimiento antes de iniciar la vía de apremio.

El ejecutante presentará demanda ejecutiva ante el tribunal que dictó la resolución, reclamando:

- El **pago de las pensiones atrasadas**, cuya cuantificación deberá efectuar. Con la finalidad de evitar incidentes innecesarios en cuanto a la imputación de pagos a un determinado mes, es conveniente efectuar una liquidación mensual detallada en la que figuren las cantidades que debía abonar el obligado al pago y las que efectivamente ingresó.
- La **cantidad que prevea para los intereses** que, en su caso, puedan devengarse durante la tramitación. Conforme el art. 576 de la LEC: «*Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad en dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley*».
- Una cantidad presupuestada para las costas de ejecución**. Como señalamos antes, de acuerdo con el art. 539,2 de la LEC, las costas que se causen en la ejecución de las resoluciones matrimoniales serán de cargo del ejecutado, sin necesidad de expresa imposición. Según lo establecido en el art. 575 de la LEC, la cantidad presupuestada para intereses y costas, no podrá superar el 30%¹² de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.

En la demanda de ejecución también deberá expresarse:

¹² Excepcionalmente, si el ejecutante justifica que, atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable, los intereses que pueda devengarse durante la ejecución más las costas de ésta superaran el límite fijado en el párrafo anterior, la cantidad que provisionalmente se fije para dichos conceptos podrá exceder del límite indicado.

- a) Los bienes del ejecutado susceptibles de embargo de los que tuviere conocimiento y, en su caso, si los considera suficientes para el fin de la ejecución.
- b) Si no pudiese designar bienes, se solicitarán las medidas de localización e investigación que considere oportunas, es decir, que se libre oficio por el juzgado a entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Al formular estas indicaciones, el ejecutante deberá expresar sucintamente las razones por las que estime que la entidad, organismo, registro o persona de que se trate dispone de información sobre el patrimonio del ejecutado. Hay que tener en cuenta que el tribunal no reclamará datos de organismos y registros cuando el ejecutante pudiera obtenerlos por sí mismo, o a través de su Procurador, debidamente facultado al efecto por su poderdante

Habida cuenta que mensualmente irán venciendo nuevas pensiones, el ejecutante podrá reclamar que la ejecución que solicita quede ampliada por el importe de los nuevos vencimientos de principal e intereses¹³.

3. *Auto despachando ejecución*

El tribunal, tras examinar la demanda dictará auto despachando la ejecución y acordando el embargo de bienes del deudor en cuantía sufi-

¹³ Art. 578 de la LEC: 1. Si, despachada ejecución por deuda de una cantidad líquida, venciera algún plazo de la misma obligación en cuya virtud se procede, o la obligación en su totalidad, se entenderá ampliada la ejecución por el importe correspondiente a los nuevos vencimientos de principal e intereses, si lo pidiere así el actor y sin necesidad de retrotraer el procedimiento.

2. La ampliación de la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva. En este caso, al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas de vencimiento, no se hubieren consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes.

Cuando el ejecutante solicite la ampliación automática de la ejecución, deberá presentar una liquidación final de la deuda incluyendo los vencimientos de principal e intereses producidos durante la ejecución. Si esta liquidación fuera conforme con el título ejecutivo y no se hubiera consignado el importe de los vencimientos incluidos en ella, el pago al ejecutante se realizará con arreglo a lo que resulte de la liquidación presentada.

3. La ampliación de la ejecución será razón suficiente para la mejora del embargo y podrá hacerse constar en la anotación preventiva de éste conforme a lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 613 de esta Ley.

En el caso del apartado anterior, la ampliación de la ejecución no comportará la adopción automática de estas medidas, que sólo se acordarán, si procede, cuando el ejecutante las solicite después de cada vencimiento que no hubiera sido atendido.

ciente a cubrir la cantidad reclamada, más otra presupuestada para intereses y costas. Como señala el art. 575,2 de la LEC: «*Sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutado, el tribunal no podrá denegar el despacho de la ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva*». Si el ejecutante no hubiese designado bienes de embargo, el tribunal acordará, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante haya indicado, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. (Art. 590 de la LEC).

Dicho auto se notificará al ejecutado, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución.

Los trámites de ejecución posteriores están en función de que el ejecutante haya señalado o no bienes sobre los que trabar embargo.

- a) *Cuando el ejecutante designa en su demanda ejecutiva bienes suficientes sobre los que trabar embargo*

El tribunal directamente y sin necesidad de diligencia de embargo, dictará resolución decretando embargados los bienes.

- b) *Supuesto en el que el ejecutante no hubiese designado bienes*

En este caso, el tribunal de oficio, y sin previa petición de parte dictará providencia acordando requerir al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Este requerimiento se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren. El tribunal podrá también, mediante providencia, imponer multas¹⁴ coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento a que se refiere el apartado anterior (art. 589 de la LEC).

¹⁴ Para fijar la cuantía de las multas, se tendrá en cuenta la cantidad por la que se haya despachado ejecución, la resistencia a la presentación de la relación de bienes y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse.

Una vez que se conozcan bienes del ejecutado sobre los que trabar embargo, bien como resultado del requerimiento efectuado a éste o como consecuencia de la investigación en organismos y registros públicos, entidades financieras, etc., se procederá a trabar embargo sobre los bienes que el ejecutante designe. De lo establecido en el art. 587 de la LEC, se deduce que el embargo podrá llevarse a efecto directamente por el tribunal dictando una resolución declarando embargados los bienes o mediante la personación de la comisión judicial en el domicilio del demandado redactando la correspondiente acta de la diligencia de embargo. En uno u otro caso, el embargo se entenderá hecho desde que se decreta por la resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba.

Dada la especialidad de las cantidades que se reclaman en estos procedimientos hay que reseñar lo establecido en el art. 608 de la LEC: *«Lo dispuesto en el artículo anterior —limitaciones en el embargo de sueldos— no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada»*. Teniendo en cuenta que expresamente el precepto hace mención a la pensión alimenticia, debe descartarse la posibilidad de que este beneficio en cuanto al embargo de sueldos y pensiones pueda aplicarse a la pensión compensatoria.

Los trámites posteriores se acomodarán a las normas generales del procedimiento de apremio que se contienen en los arts. 634 y ss. de la LEC.

4. Oposición del ejecutado por las causas establecidas en la LEC

El ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito. El escrito de oposición no suspenderá el curso de la ejecución. Los motivos de oposición se regulan en los arts. 556 y 558 de la LEC.

A) PAGO O CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO EN LA SENTENCIA

De acuerdo con lo establecido en el art. 1.156 del CC las obligaciones se extinguen por el pago, y por tanto, si el ejecutante ha abonado

las pensiones que se le reclaman podrá oponerse a la ejecución. Por señalarlo expresamente el art. 556 de la LEC dicho pago deberá justificarse documentalmente. Si el pago se ha verificado antes de presentarse la demanda ejecutiva, no podrá seguirse adelante con la ejecución. Si el pago se verifica después de presentarse la demanda ejecutiva, serán de cargo del ejecutado las costas generadas.

Analicemos distintas situaciones que, en relación con el pago, pueden presentarse en la práctica:

a) Pago efectuado en metálico al cónyuge sin extenderse recibo alguno

En ocasiones el ejecutado alega que tiene abonadas las pensiones que se le reclaman y que dicho pago se hizo en metálico entregándose a la persona del otro cónyuge sin que éste le diese recibo alguno. Como el art. 556 de la LEC exige que la oposición a la ejecución fundada en el pago se justifique documentalmente, la circunstancia de que no se haya extendido recibo alguno impide que esta causa de oposición pueda prosperar. No se ha previsto en la ley la posibilidad de abrir un incidente para determinar la realidad de dicho pago acudiendo al resto de pruebas que se admiten en nuestro ordenamiento jurídico. Es frecuente proponer la prueba de interrogatorio de testigos para acreditar dicho extremo, sin embargo, y aunque ha sido derogado por la nueva LEC, sobre esta materia planea el espíritu del art. 1.248 del CC, en cuanto a que la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos será apreciada por los tribunales conforme a lo establecido en la LEC, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

b) Pago realizado en metálico directamente a los hijos

Este es otro supuesto que se presenta en la práctica con bastante frecuencia, el obligado al pago de la pensión entrega determinadas cantidades a los hijos, que incluso se documentan por medio de un recibo firmado por el hijo, bien en el momento en que se produce la entrega, o posteriormente cuando el progenitor que convive con ellos reclama las pensiones. La jurisprudencia no viene admitiendo estos pagos como motivo para extinguir la obligación alimenticia¹⁵, ya que habiéndose

¹⁵ *La pensión alimenticia de los hijos mayores de edad debe entregarse al progenitor con el que conviven, no siendo posible el pago directo a los hijos. AP MADRID, Sec. 22,*

establecido en la resolución judicial, la cuantía, el tiempo, el modo y la forma en que deben abonarse las pensiones, todo pago que se realice sin la observancia de ello, debe ser considerado como un acto de mera liberalidad.

c) Pago en otra cuenta distinta a la designada

Aunque no es muy frecuente, hay veces en que el obligado al pago de la pensión, en vez de ingresar su importe en la cuenta designada por el progenitor que convive con los hijos, abre una cuenta a nombre de éstos en la que ingresa puntualmente el importe de las pensiones, y todo ello con el fin de no entregar el dinero al otro cónyuge y por otro lado cumplir lo establecido en la sentencia.

Esta conducta no tiene ninguna justificación legal, y el tribunal acordará que el ejecutado entregue la cantidad consignada en esta cuenta a la parte ejecutante o bien que se libre oficio a la entidad bancaria donde está ingresado el importe de la pensión al objeto de que la transfiera a la cuenta designada por la parte ejecutante. Igualmente se acordará requerir al deudor para que en lo sucesivo efectúe los ingresos en esta cuenta. Si el cónyuge obligado al pago de una pensión entiende que existe algún obstáculo para hacer efectivo el importe de la misma, deberá utilizar los medios legales para solventar la situación, pero no alterar unilateralmente lo dispuesto en la resolución judicial en cuanto

Sentencia de 19 de octubre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Las pensiones alimenticias que en una litis matrimonial se establecen en pro de los hijos comunes, bien menores, bien mayores de edad, aunque tienen por finalidad lógica, y no podía ser de otro modo, el satisfacer las necesidades de aquéllos, en los términos sancionados en el artículo 142 del Código Civil, ello, en modo alguno, excluye la legitimación activa del progenitor con el que conviven, tanto para reclamar el derecho del común descendiente, como para administrar las sumas que se perciban del otro procreador, sobre la base ya de la representación legal que corresponde al ascendiente, en virtud de lo prevenido en el artículo 154.2º de dicho texto legal, o, en su caso, del apoderamiento que realiza el hijo emancipado al efecto, lo que ha de presumirse además cuando, como acaece en el caso, el hijo alcanza la mayoría de edad tras ser dictada la sentencia de separación, divorcio o nulidad, y ello en tanto no se desautorice de modo expreso al padre o madre con el que aquél convive.

La pretensión que, al respecto, dedujo el demandante, a los efectos del abono directo a la segunda de sus hijas de la pensión alimenticia, sólo tendría viabilidad cuando la obligación se hubiese sancionado en una litis de alimentos *stricto sensu*; y no siendo ello así, debe ser mantenida en los términos derivados de la pactación originaria de las partes, máxime cuando no se han modificado de modo sustancial las circunstancias que entonces condicionaron dicha estipulación, único supuesto en el que podrían activarse los mecanismos contemplados en los artículos 90 y 91, *in fine*, del repetido Cuerpo legal.

al modo, lugar, tiempo y cuantía de hacer efectiva su obligación económica.

B) CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

Cuando ha transcurrido un tiempo excesivo desde que se dictó la sentencia hasta que se presenta escrito por la parte ejecutante reclamando el pago de las pensiones, puede suceder que transcurran bastantes años, siendo alegada en estos supuestos por el ejecutado la prescripción de parte de la deuda que se reclama.

¿Qué plazo de prescripción debe aplicarse a la reclamación de las pensiones alimenticias o compensatorias? Como viene siendo habitual, no existe unanimidad en la jurisprudencia menor y nos vamos a encontrar con resoluciones de las Audiencias Provinciales que mantienen criterios dispares.

a) El plazo de prescripción es de cinco años

El artículo 1.964 del Código Civil constituye la norma genérica a aplicar a la prescripción de aquellas acciones personales «*que no tengan señalado término especial*»; pero como la que aquí nos ocupa —pago de pensión alimenticia— viene específicamente contemplada en el número 1.º del artículo 1.966, que establece en cinco años el plazo prescriptivo de la acción para reclamarla, junto con el de otras acciones que se refieren a pagos periódicos, es visto que esta norma específica deberá prevalecer sobre la genérica. El artículo 1.966 del Código Civil no se refiere al derecho a exigir alimentos que es imprescriptible y así lo ha declarado el Tribunal Supremo, sino a las pensiones alimenticias ya devengadas y aún no percibidas o atrasadas.

b) El plazo de prescripción es de quince años

El Tribunal Supremo, según estableció en sentencia de 15 de diciembre de 1908, sancionando la doctrina reiterada, entre otras, por las sentencias de 22 de abril de 1915 y 7 de julio de 1921, declaró que «cualquiera que sea la naturaleza de la acción deducida en juicio, la ejecutoria que en éste recae constituye un nuevo y verdadero título, con efectos en derecho propios e inherentes a la misma, del que se deriva una acción personal para el cumplimiento de la resolución judicial distinta de la primitiva en que se basó la petición formulada en el pleito; y esto sentado, no habiendo la Ley fijado plazo especial para el ejercicio de la referida acción, es manifiesto que el plazo para la prescripción de

la misma tiene que ser el de quince años a tenor de lo prevenido en el artículo 1.964 del Código Civil, relacionado con el 1.971» (STS de 19 de febrero de 1982), determinando la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en sus sentencias de 19 de noviembre de 1941 y 13 de octubre de 1965, que los principios de orden procesal señalan de un modo general el momento de la publicación de la sentencia como el que indica el comienzo de producción de sus efectos para las partes y para el exterior, y estableciendo en la sentencia de 17 de enero de 1970 que para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia, debe comenzar el término de la prescripción desde que quede firme la sentencia que declare la obligación o a que ésta deba su origen, por ser el momento en que empieza la eficacia de la resolución, debiendo partir el cómputo del plazo desde la notificación a las partes que es cuando éstas se enteran de los derechos y obligaciones que les impone la resolución. La prescripción que reconoce el artículo 1.966 del Código Civil, con relación a pensiones alimenticias ya devengadas se refiere a las que provengan del período de tiempo precedente de los cinco años anteriores a la presentación de la demanda en que se solicitan (STS de 24 de febrero de 1989).

También se fundamenta el plazo de prescripción de quince años en la siguiente tesis: en estos casos resulta de aplicación la ya antigua doctrina del Tribunal Supremo, establecida en sentencia de 13 de abril de 1910, que establece como el plazo prescriptivo de cinco años se aplica a la acción del alimentista para reclamar del obligado a prestar los alimentos, mas no así a la del que los ha suministrado sin estar obligado (cuando un progenitor soporta las necesidades alimenticias de los hijos que debía haber pagado el otro) frente al deudor legal de las mismas, acción ésta que al no tener señalado plazo prescriptivo alguno especial, se encuentra sometido al de quince años señalado en el artículo 1.964 del CC.

La línea jurisprudencial dominante sostiene que por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de pagar pensiones alimenticias, debiendo contarse dicho plazo desde el día en que pudieron reclamarse las mismas (artículo 1.969 del CC), y tratándose de la pensión alimenticia decretada en procedimientos matrimoniales, ésta pudo reclamarse desde la fecha de la resolución que la acordó (o desde la fecha de interposición de la demanda si se sigue el artículo 148 del Código Civil).

Respecto a la pensión compensatoria, entendida como «*pago que debe hacerse por años o plazos más breves*» y por aplicación del artículo 1.966.3.º, igualmente le resulta aplicable la prescripción de cinco años, debiendo en este caso computar dicho plazo desde la fecha de la sentencia firme que la acordó.

La tesis de que tanto la pensión alimenticia como la compensatoria prescriben a los cinco años encuentra también su fundamento en el art. 518 de la LEC. «La acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución». Lógicamente tratándose una obligación de prestación periódica, prescribirán sólo los cinco últimos años.

c) PACTOS Y TRANSACCIONES QUE SE HUBIEREN CONVENIDO PARA EVITAR LA EJECUCIÓN, SIEMPRE QUE DICHS PACTOS Y TRANSACCIONES CONSTEN EN DOCUMENTO PÚBLICO

Suele ser frecuente en las ejecuciones de las resoluciones matrimoniales que uno de los cónyuges alegue como motivo de oposición al pago de las pensiones que se le reclaman, la existencia de un acuerdo verbal o escrito con el otro cónyuge por el que se extinguió la deuda, se modificó la cuantía de la obligación, o se transigió con el pago de otras deudas.

Como estos acuerdos no constan en el procedimiento, debe darse traslado a la parte ejecutante, y a la vista de sus manifestaciones, resolver la cuestión. A estos efectos, habrá que distinguir entre pensión alimenticia y pensión compensatoria:

a) Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión alimenticia de hijos menores de edad

La pensión alimenticia a favor de los hijos es un derecho única y exclusivamente de ellos, su titularidad no es compartida con nadie, y los padres tan sólo son los administradores, a los que se les exige la misma diligencia que para administrar sus propios bienes —artículo 164 del Código Civil—. Por tanto, todo pacto entre los cónyuges tendente a modificar la cuantía de la pensión alimenticia o a suprimirla temporal o totalmente es radicalmente nulo¹⁶, puesto que cualquier cir-

¹⁶ *Ineficacia del acuerdo privado de los progenitores para suspender la obligación alimenticia fijada en sentencia de separación de mutuo acuerdo. AP BARCELONA, Sec. 12, Sentencia de 6 de julio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.* Por sentencia de divorcio, dictada en fecha 6 de junio de 1995 en sede de proceso de mutuo acuerdo de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981 de 7 de julio, se ratificó entre las partes y se refrendó judicialmente el Convenio Regulador de 22 de

cunstancia modificativa en esta materia perteneciente al *ius cogens* debe contar con la preceptiva homologación judicial.

b) Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión alimenticia de hijos mayores de edad

Al ser mayores de edad los hijos, ya no encontramos los obstáculos que se han señalado en el apartado anterior, puesto que ya se ha extinguido la patria potestad. Si el progenitor que convive con los hijos mayores de edad —pero dependientes económicamente de sus padres— insta la ejecución por impago de pensiones ¿Qué efecto tendrá el pacto verbal o escrito de estos hijos con el otro progenitor renunciando a la pensión o modificando su cuantía? En teoría, se trata de un convenio concertado libremente entre dos personas con plena capacidad de obrar respecto a un derecho subjetivo patrimonial del que es único titular el hijo mayor de edad, y con estos presupuestos, no queda otra opción que reconocerle plena eficacia, ya que ese concierto de voluntades entre el titular del derecho y el obligado a prestar los alimentos no es contrario a las leyes —el art. 151 del Cc permite la renuncia a los alimentos atra-

febrero de 1995, en el que se convino la contribución del progenitor no custodio, a las necesidades alimenticias del hijo del matrimonio en la suma de cincuenta mil pesetas mensuales.

En idéntica fecha de la suscripción del Convenio Regulador la progenitora envió carta a su exconsorte, permitiéndole la suspensión de la prestación de alimentos en favor del hijo del matrimonio, ante las dificultades económicas del obligado. Tal acuerdo, invocado por el accionante en la fase expositiva del proceso, ostenta nula eficacia, dado contravenir las prescripciones del artículo 1.814 del Código Civil que determina la no posibilidad de transigir sobre alimentos futuros.

En la época de la firma entre las partes del Convenio Regulador de la causa de divorcio el progenitor había culminado el percibo de la prestación de desempleo, tal como se constata por la documental aportada a los autos y por propio reconocimiento del mismo reflejado en el hecho segundo de la demanda. A pesar de ello, y en el convencimiento de acceder a un nuevo puesto de trabajo se comprometió a la satisfacción de la pensión de alimentos referenciada.

En la actualidad, y pese la alegación de la parte accionante de que se encuentra en situación de desempleo no subsidiado, las pruebas practicadas en la instancia procedimental ponen de manifiesto que, el actor acude asiduamente a la entidad empresarial A. tal como se infiere de la confesión judicial practicada al mismo, invitándole a comer algún día sin recibir ningún tipo de propina, si bien manifestó llevar una vida normal, comiendo en restaurantes y tomando aperitivos en los bares. La acreditación de tales circunstancias no concuerda con la carencia de ingresos del actor, y revela la percepción en forma encubierta de una indeterminada retribución salarial, lo que determina, en la línea argumental expresada en la sentencia apelada, la confirmación de la cuantía de la prestación de alimentos concedida en la misma, inferior a la señalada en la causa de divorcio, y respecto a cuya reducción no se ha alzado la contraparte.

sados—, a la moral ni al orden público, señalados como límites a la mencionada autonomía privada en el artículo 1.255 del Código Civil.

Sin embargo, hay que diferenciar diversas cuestiones:

- Renuncia a la pensión alimenticia del hijo que ya ha alcanzado independencia económica.** Esta renuncia debe entenderse válidamente efectuada, ya que será de aplicación la causa de extinción del art. 152,3º del CC sin que sea necesaria la interposición de ninguna demanda para ello. Ahora bien, dicho pacto —que puede consignarse en documento público sin dificultad— desplegará sus efectos hacia el futuro, pero ¿tendrá eficacia también para las pensiones anteriores, que precisamente son reclamadas en la ejecutoria? Conforme a lo establecido en el art. 151 del CC *«Las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse»*, ahora bien para que esta renuncia sea válida, tendrá que respetar lo establecido en el art. 6,2 del CC: *«La renuncia de derechos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»*. Si el hijo mayor de edad, renuncia a las pensiones alimenticias anteriores, que se devengaron cuando aún no había alcanzado dicha independencia, esta renuncia va en perjuicio del progenitor con el que convivía y que tuvo que sostener sus necesidades. Por el contrario, si esta renuncia se limita a las pensiones devengadas desde que alcanzó independencia económica, ya no perjudica al progenitor, puesto que no tuvo que soportar los gastos que generaba este hijo. Lógicamente, en esta materia será de aplicación lo establecido en el art. 247 de la LEC, es decir, *«Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho»*, y habrá que entender que existe abuso de derecho, cuando un progenitor reclama las pensiones alimenticias de un hijo que ya alcanzó independencia económica.
- Renuncia a la pensión alimenticia del hijo que aún continúa conviviendo en el domicilio familiar con el otro progenitor y que carece de independencia económica**¹⁷. Esta renuncia no puede te-

¹⁷ Cuando las hijas mayores de edad continúan conviviendo en el domicilio familiar es ineficaz el acta notarial en el que las mismas renuncian a la pensión alimenticia. AP. BARCELONA. Sec. 12.ª Sentencia de 25 de enero de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. Tampoco puede acogerse la pretensión subsidiaria de que se exonere la demandante del pago de la contribución económica a las hijas mayores de edad, por haber renunciado las mismas a la prestación alimenticia a cargo del padre por acta de manifestaciones notarial de 3-6-1996, toda vez que la prestación de contribución a las cargas

ner eficacia alguna, ya que como hemos señalado en el apartado anterior, va en contra de tercero, es decir, del progenitor que debe seguir soportando los gastos de su mantenimiento.

c) Acuerdos de reducción o de extinción de la pensión compensatoria

Perteneciendo la pensión compensatoria al derecho dispositivo de las partes, como perfectamente puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, el pacto de modificación o extinción temporal o total es perfectamente válido, sin que para ello sea necesario la aprobación judicial, ya que como señala la resolución de la DGRN de 10 de noviembre de 1995, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la renunciabilidad de todo derecho salvo que con ello se contraríe el interés o el orden público o perjudique a tercero.

Evidentemente, otra cuestión distinta será la acreditación de dicho pacto que, por aplicación de lo establecido en el art. 556 de la LEC, *«deberá constar en documento público»*. Por tanto, queda fuera de esta previsión el acuerdo verbal o el pacto que conste en documento privado, que no tendrá eficacia alguna para impedir la continuación de la acción ejecutiva, sin perjuicio, claro está que posteriormente en un procedimiento declarativo pueda la parte perjudicada hacer valer su derecho.

D) COMPENSACIÓN

La compensación, es otra de las causas que, conforme a lo establecido en el art. 1.156 del CC extinguen las obligaciones, y lógicamente, debe ser motivo de oposición en la ejecución, como efectivamente contempla el art. 557 de la LEC.

que dimanen del art. 93 del CC, no constituye propiamente un crédito de las hijas mayores de edad frente al padre, sino que es un crédito que pertenece directa y personalmente a la demandada, por razón de tener consigo en su domicilio a su cargo, a las hijas mayores de edad que carecen de independencia económica, razón por la cual la prestación ha de ser mantenida en tanto concurren los requisitos que el segundo párrafo del art. 93 del mencionado texto legal expresa. Por otra parte y aun cuando se conceptuara la prestación como un crédito directo a favor de las hijas, la naturaleza alimenticia del mismo determina que cualquier renuncia sobre los alimentos futuros, adolezca del vicio de nulidad radical, tal como establece el art. 151 del CC y no genere efectos jurídicos de ninguna especie.

Tales razones determinan que deba mantenerse la cuantía de la contribución paterna a los alimentos de las hijas comunes fijada en la sentencia de instancia, en tanto éstas permanezcan con la madre y no cuenten con independencia económica.

- a) Pagos realizados para atender los gastos de comunidad, agua, luz, teléfono, impuestos que graven la vivienda e incluso el arrendamiento de la vivienda familiar

Teniendo en cuenta las distintas pensiones que pueden fijarse en un procedimiento matrimonial, y su distinto régimen jurídico, a estos efectos se hace preciso distinguir:

—**Pensiones alimenticias.** Señala el artículo 151 del Código Civil que *«No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco puede compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas»*. Del texto legal, se desprende claramente que no cabe ningún tipo de compensación con los alimentos futuros, sin embargo, hay que analizar la posible compensación respecto de las pensiones alimenticias atrasadas, circunstancia admitida por el citado precepto legal.

Para que proceda legalmente la compensación, conforme indica el artículo 1.196 del Código Civil será preciso:

- 1.º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.
- 2.º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero.
- 3.º Que las dos deudas estén vencidas.
- 4.º Que sean líquidas y exigibles.
- 5.º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.

Analizando el concepto de las deudas que se quieren compensar, llegaremos a la conclusión de si es posible o no la compensación, y desde luego no lo será por deudas generadas por el uso o la propiedad de la vivienda, ya que éstas no están a cargo del hijo, sino exclusivamente de los cónyuges.

—**Pensiones compensatorias.** En el supuesto de que la deuda reclamada sea en concepto de pensión compensatoria, no existe ningún obstáculo legal ni ninguna restricción para que pueda operar la institución de la compensación si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1.196 del Código Civil.

- b) Pago de la pensión que se reclama o parte de ella mediante el abono de diversos gastos de los hijos

En este supuesto la parte obligada al pago, se opone alegando que ha pagado el importe de matrícula de la universidad o colegio, libros, ropa, compra de vehículo para el hijo, viajes, estudios en el extranjero coincidiendo con la época de verano, etc. A tenor de lo acordado en el convenio judicialmente aprobado o en las medidas fijadas por el juez, resulta evidente que si el obligado al pago debe ingresar mensualmente en la cuenta designada el importe de la pensión, no puede detraer de la misma cantidad alguna para hacer directamente pagos respecto de las deudas que se originen por los hijos.

La línea jurisprudencial dominante entiende que todo pago efectuado por el deudor que no sea el ingreso de la cantidad fijada, deberá considerarse como un acto de liberalidad —artículo 618 del Código Civil—, ya que las sentencias deben cumplirse en sus propios términos y tratándose de cantidades líquidas su pago se ha de hacer en dinero. Por ello, el progenitor que no tiene la custodia de los hijos no viene obligado por la sentencia a tener que hacer ningún pago por estos conceptos, ya que se entiende que están cubiertos con el importe de la pensión alimenticia fijada en el convenio regulador o en la resolución judicial. Así pues, si además de cumplir su obligación de pagar la pensión alimenticia, quiere colaborar a mejorar el *status* de sus hijos, ello es perfectamente legítimo, pero pretender que tal colaboración espontánea sustituya a una obligación impuesta por la ley y por sentencia judicial, es totalmente inacogible. La razón fundamental de no admitir estos pagos es evitar que el progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos, pueda unilateralmente decidir cuáles son las necesidades de los hijos en cada momento.

No obstante, bueno será examinar con prudencia las facturas presentadas, ya que si se trata de un pago que legalmente deba hacer el cónyuge que está a cargo de los hijos, como por ejemplo el pago ordinario de los colegios en el supuesto de que no se hubiese abonado, deberá darse traslado a la parte contraria para que manifieste si efectuó dicho pago, o las causas que se lo impidieron, dictándose a continuación resolución acordando deducir de la cantidad adeudada dicho importe.

Una cuestión que suscita numerosas dudas, se presenta cuando los hijos o alguno de ellos se encuentran internos en un colegio, y el progenitor que tiene que abonar la pensión alimenticia, se hace cargo del pago completo de los gastos del colegio, y luego, el otro progenitor le reclama el importe de la pensión fijada en el convenio durante el

tiempo en que el menor permaneció internado. Si tenemos en cuenta que durante su estancia en el colegio, el menor tenía cubiertas sus necesidades de alimentación, asistencia médica y educación, es evidente que por este concepto no podrá pagar doblemente, pero teniendo en cuenta que un menor, además de estos gastos tienen otros como son: ropa, gastos de bolsillo, viajes, etc., llegaremos a la conclusión de que el progenitor que paga el colegio no está exento de contribuir a los otros gastos que se incluyen dentro de la pensión alimenticia. De todas formas la cuestión no es tan simple, y dependerá del caso concreto.

c) Pago de deudas de la extinta sociedad de gananciales

Otra causa de oposición al pago de la pensión alimenticia o compensatoria es la referente a que el deudor está haciéndose cargo directamente de deudas de la sociedad de gananciales, como puede ser por ejemplo el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar y que por consiguiente no tiene medios económicos suficientes para hacer frente a ambas deudas.

Como vimos anteriormente, en el caso de la pensión alimenticia no cabe compensación de ningún tipo¹⁸. Por lo que respecta a la pensión

¹⁸ *El cónyuge que abona la contribución a la cargas del matrimonio fijada en el auto de medidas, no puede detracer cantidad alguna para hacer frente al 50% del pago de la hipoteca.* AP MADRID, Sec. 22, Auto de 29 de junio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. La dirección letrada de la parte apelante suplica la revocación del auto dictado por el órgano *a quo*, en cuanto entiende que en la suma de 75.000 ptas. mensuales señalada en el auto de fecha 30 de julio de 1997, que acordó las medidas provisionales de carácter previo, estaba ya incluida la hipoteca que gravaba la vivienda familiar, por lo que dedujo la mitad de su importe, al corresponder el abono de la otra mitad a la esposa.

Por lo cual concluye dicha parte afirmando que no debe cantidad alguna, en cuyo sentido se propugna la decisión de la Sala, a la que se suplica, con carácter subsidiario la declaración de que la suma de 4.730 ptas. recogida en la resolución apelada para intereses lo sea sin perjuicio de la liquidación que proceda.

La resolución impugnada de adecuado cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre el cumplimiento en sus propios términos de las sentencias, que lógicamente debe hacerse extensivo a cualquier otra resolución judicial ejecutiva.

Y en efecto, de conformidad con el propio planteamiento de las partes, en orden a las consecuencias económicas de su separación, según se refleja en el segundo de los antecedentes de hecho del auto de 30 de julio de 1997, no puede entenderse, en modo alguno, que en la suma de 75.000 ptas. establecida como contribución del esposo a las cargas del matrimonio se incluya la mitad del pago de la hipoteca que grava el domicilio familiar, pues ni ese fue el ofrecimiento del entonces demandado, ni, en definitiva, la referida resolución autoriza a realizar detracción alguna de la antedicha cantidad, que, en consecuencia,

compensatoria, es evidente que una vez que la sociedad de gananciales queda disuelta por la sentencia matrimonial, y hasta su efectiva liquidación, si la sociedad carece de ingresos, son ambos cónyuges los que deben afrontar estas deudas, teniendo presente que todo pago que efectúe

debe ser entregada en su integridad a la esposa, y no parte a la misma y parte a la entidad bancaria acreedora. Y así inclusive pareció entenderlo el hoy recurrente cuando, como se alega de contrario, abonó a su esposa, en los primeros meses de la vigencia de las medidas provisionales, la suma total citada.

Debe, por ello, ser rechazado, en cuanto carente de toda consistencia lógico-jurídica, el recurso formulado, tanto en su petición principal, como en la que se deduce con carácter subsidiario, dado que, sin necesidad de declaración específica alguna, las sumas embargadas, cual en el caso acaece, para intereses y costas arrancan de un cálculo prudencial de lo que pudieran generarse finalmente por tales conceptos, sin perjuicio de su definitiva tasación y liquidación, como bien debe conocer la dirección letrada del referido litigante.

Resulta improcedente excepcionar pagos para levantar deuda de préstamos hipotecarios o personales, a efectos de compensar deudas alimenticias a favor de los hijos, dado que no se trata de derechos de crédito que correspondan a los progenitores sino a los hijos, frente a sus padres. **AP BARCELONA, Sec. 12, Auto de 27 de septiembre de 1999.** **Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.** Mantiene el recurrente no ser conforme a Derecho el auto de 24 julio 1998, recaído en ejecutoria, en separación conyugal, que confirmó la providencia de 27 de mayo de dicho año al entender no existir deuda alguna por atrasos de pensiones, en base a considerar haber concurrido compensación de deudas alimenticias con deudas de la esposa, según se derivaba del auto de medidas provisionales de 10 octubre 1995 (medida quinta, que además de fijar 120.000 ptas. como contribución mensual de cargas familiares al esposo establecía que la esposa abonase el préstamo hipotecario, y el marido los préstamos personales), y como la hipoteca venció en 1997, entendió que las cantidades por pensiones y cargas familiares que el esposo ingresaba mensualmente en la cuenta designada por la mujer, las aplicó el Banco al pago de la hipoteca que iba a cargo de la esposa (y no pagaba) y el exceso quedaba en la cuenta para atender las necesidades de los hijos por lo que, fue el Banco o la esposa la que dispuso del dinero para otros fines, haciendo el Banco las compensaciones oportunas. Por tanto no ha sido el demandado el que retuvo cantidades, sino el Banco de forma automática, con beneplácito de la esposa y consecuentemente no ha habido perjuicio para la demandada; sería injusto que además de haber abonado las 120.000 ptas. de alimentos, puntualmente (luego elevada a 125.000 ptas. en separación, a partir de marzo 1998), tuviera que pagar el esposo la hipoteca de vivienda familiar, que fue obligación impuesta a la mujer en medidas provisionales. Por otro lado, si bien no son compensables las deudas por alimentos, las atrasadas pueden compensarse que es lo que invocó el recurrente en interpretación del artículo 151 del Código Civil. A tales argumentos se opuso la ejecutante por no haber pendiente préstamo hipotecario (que fue cancelado), y no ser la deuda alegada compensable, por lo que tachó de temerario el recurso interpuesto por el demandado, merecedor de su desestimación con costas. En igual sentido se pronunció el Ministerio Fiscal en su informe.

El planteamiento formulado por el recurrente para impugnar el auto apelado y la providencia ejecutoria de la que trae causa, es insostenible y ello por cuanto de lo que se trata en la ejecutoria es de dar exacto y puntual cumplimiento de una sentencia firme de separación legal, sin poder acudir a lo que en su día acordó el Juzgador en las medidas provisionales de 10 octubre 1995 (folios 28 y 29), dado que éstas terminan cuando sean sustituidas por las de la sentencia estimatoria (ex artículo 106 del Código Civil), de manera que resulta del

uno de ellos antes de su total liquidación se considerará como un crédito de éste con la sociedad de gananciales, de tal forma que posteriormente estas cantidades se computarán en su haber. Así pues, no hay ningún tipo de obstáculo legal para que pueda compensarse la deuda que un cónyuge pueda mantener en concepto de pensión compensatoria con aquellas otras cantidades que deba entregar para levantar las cargas de la sociedad de gananciales.

Un supuesto distinto a los anteriores es aquel que se presenta cuando en la resolución judicial o en el convenio regulador se pactó

todo improcedente y perturbador, excepcionar pagos para levantar deuda de préstamos hipotecarios o personales, a efectos de compensar deudas alimenticias a favor de los hijos, dado que no se trata de derechos de crédito que correspondan a los progenitores (sino a los hijos, frente a sus padres), según se infiere del artículo 142, 143.2.º y doctrina de antiguas sentencias del Tribunal Supremo de 6 julio 1895, 26 mayo 1908 y 20 octubre 1924, que desde el lado pasivo la califican de deuda correlativa y recíproca, personal, intransmisible, proporcional, irrenunciable e indeterminada en cuanto al tiempo, con la consecuencia de no poder ser compensable al no concurrir el carácter de obligados y acreedores, principales entre sí, el padre y la madre como requiere el artículo 1.196 del Código Civil para la compensación y como tampoco es admitido por ley la compensación entre alimentistas y alimentante, por expresa prohibición del párrafo primero del artículo 151 del Código Civil, y lo único que aquél puede hacer es la compensación o renuncia de pensiones atrasadas (facultades personalísimas que no se encuadran ni compadecen con propias de la patria potestad, del artículo 154 del Código Civil y las restricciones del 158.1.º del propio Código), quiere decirse que la alegación del recurrente resultaba improcedente y contraria a la legalidad, tanto en el orden sustantivo antes expresado, como en el orden procedimental y de eficacia jurídica de las resoluciones judiciales pues como ya viene reiterando esta Sala, cada proceso matrimonial es autónomo del anterior y las controversias suscitadas han de ser resueltas según lo alegado, debatido y probado en cada pleito, sirviendo la sentencia firme de título ejecutivo directo, según los propios términos recogidos en su parte dispositiva (ex artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, párrafo segundo). Por consiguiente, resulta inocuo a los efectos del recurso, que en unas lejanas medidas provisionales de 1995, se estableciera al lado de la obligación del esposo al levantamiento de cargas (120.000 ptas.) la de la esposa para pago de préstamo hipotecario y del esposo para pago de préstamos personales, dado el diferente ámbito en que se desarrollaban estas obligaciones, su diferente naturaleza jurídica y efectos jurídicos, que no cabe confundir ni en sus elementos personales, ni en su contenido económico, pues aquellas cargas familiares hacen alusión a las relaciones paterno-filiales y conyugales en materia alimenticia, mientras que la hipoteca y préstamos pertenecen a la esfera de los contratos civiles entre cónyuges, con terceros, con la consecuencia de la intangibilidad de los derechos de los hijos como acreedores de alimentos, frente a deudas contraídas por sus progenitores con Bancos o entidades de préstamos, que en manera alguna pueden quedar afectados por actos o contratos de los progenitores en perjuicio de sus derechos (principio favor *filii*) y que subyace en las anteriores normas del Código Civil que han sido citadas, y en la Jurisprudencia que las desarrolla, sentencias del Tribunal Supremo de 7 octubre 1970, sobre imprescriptibilidad del derecho a los alimentos, y de 13 octubre 1.966 relativas a prohibición legal de transigir alimentos futuros. Por consiguiente si el Banco Bilbao Vizcaya procedía a detraer de la cuenta del esposo el importe de 120.000 ptas. mensuales pero con ellas pagaba en primer

una pensión para contribuir a las cargas del matrimonio estando aún pendiente el pago del préstamo hipotecario. Ciertamente lo deseable sería que se especificase en la resolución o en el convenio qué conceptos se incluyen dentro de la contribución a las cargas. Si estaba incluida la amortización mensual del préstamo hipotecario, es evidente que procederá en todo caso la compensación de las cantidades adeudadas con aquellas otras que, en concepto de pago de hipoteca hubiese realizado directamente el ejecutado, tal y como resolvió la Sec. 12 de la AP de Barcelona en auto de 9 de diciembre de 1999.

E) PLUSPETICIÓN O EXCESO

En esta ocasión estamos ante supuestos en los que el ejecutante está reclamando más cantidad de la que realmente se adeuda por el ejecutado.

a) Reclamación de pensiones ya abonadas

Si el actor no ha contabilizado algún pago efectuado legalmente por el ejecutado puede y debe admitirse que el deudor se oponga al embargo efectuado. Acreditado el pago documentalmente, procede reducir su cuantía de la deuda inicialmente reclamada, continuando la ejecución por el resto.

b) No se ha calculado bien el importe de los atrasos

Como a veces es normal solicitar del juzgado la revalorización de la pensión y la reclamación de los atrasos, puede suceder, en especial cuando se fija como índice de revalorización el incremento que experimenta el sueldo del deudor, que no se haya calculado bien el importe de la deuda. Esta circunstancia, justifica la oposición a la demanda ejecutiva.

lugar la hipoteca de la vivienda familiar, y sólo el resto lo abonaba en cuenta de la esposa para alimentación de los hijos, quiere decirse por un lado que si así procedía la entidad bancaria era por instrucciones del cliente, o por su consentimiento, de manera que esta forma de compensar créditos y deudas, entre los esposos, era en perjuicio de los propios hijos, que en manera alguna pueden quedar afectados por tales maquinaciones fraudulentas. Por tanto, no habiendo dado cumplimiento a lo ordenado por la sentencia de separación, de acuerdo con sus propios términos, es visto que no quedó cumplida la obligación de abonar en su integridad el importe mensual a que ascendían los alimentos, 120.000 o 125.000 ptas. según los términos y períodos de la providencia ejecutiva de 27 mayo 1998 que acatada por la ejecutante, fue confirmada por Auto de 24 julio 1998 a que se contrae la apelación y que en razón a lo expuesto, ha de ser confirmado.

Dentro de este apartado podemos incluir también aquellos supuestos en los que la cuantía de la pensión se estableció de acuerdo con un porcentaje de los ingresos del obligado a su pago sin determinarse exactamente qué partidas se computarían para calcular el importe de la pensión. ¿Se tendrán en cuenta los ingresos íntegros o los netos? ¿Se incluirán conceptos como guardias, dietas, etc.? Al no haberse fijado con precisión esta medida, será en fase de ejecución de sentencia cuando el juez deba pronunciarse al respecto. La línea jurisprudencial dominante entiende que si sólo se ha indicado que la pensión consistirá en un porcentaje de los ingresos del cónyuge o del progenitor, habrá que aplicar el porcentaje sobre el sueldo neto sin que deban incluirse las partidas correspondientes a dietas, gastos de viaje, sustituciones eventuales, horas extras, guardias, etc., puesto que suponen la realización de un trabajo adicional o un mayor esfuerzo, que no debe penalizarse con la entrega de un porcentaje a los hijos o al otro cónyuge. Es evidente se deben incluir las pagas extraordinarias y que hay que estar atento a los posibles adelantos de la nómina que pueden reducir el líquido a percibir.

Intimamente relacionado con lo comentado en el párrafo anterior está el supuesto en el que un cónyuge reclama el porcentaje estipulado respecto de las devoluciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que percibe el cónyuge obligado al pago de la pensión. La cuestión es controvertida, ya que si bien los ingresos del trabajador se ven gravados mensualmente con unas retenciones a cuenta del impuesto que una vez liquidado pueden reintegrarse al mismo, no puede olvidarse que estamos hablando de un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta en función de su cuantía y de las circunstancias personales del contribuyente, quiere esto decir, que la posible devolución de Hacienda está en función de numerosos factores que no dependen únicamente de los ingresos, sino de las circunstancias actuales del cónyuge, de sus inversiones, de los incrementos o disminuciones patrimoniales, gastos personales, etc. Las escasas sentencias de las audiencias provinciales que se han pronunciado en la materia, no han admitido esta reclamación. No obstante, habrá que tener presente el posible fraude que pueda cometer el cónyuge obligado al pago de la pensión que solicita a su empresa que le eleven las retenciones para abonar menos cantidad a su ex-cónyuge.

c) Estar siguiéndose la ejecución de las pensiones reclamadas o de parte de ellas por vía penal

El artículo 227 del nuevo CP, después de definir el delito de abandono de familia por impago de pensiones, en su apartado tercero señala

que «*La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas*». Por consiguiente, si en la jurisdicción civil se está reclamando el pago de unas pensiones determinadas, es posible que en alguna ocasión el juzgado de lo penal esté al mismo tiempo ejecutando la sentencia y reclamando el pago de las pensiones que dieron lugar a la incoación del procedimiento penal, y que pueden coincidir en todo o en parte con las que se reclaman en el Juzgado de Familia. Evidentemente, como sólo uno de los juzgados podrá continuar con la vía de apremio, este hecho podrá ser alegado para que se paralice la ejecución civil o bien que se limite a la reclamación de las pensiones que no fueron objeto de denuncia penal.

No obstante, el artículo 109 del CP faculta al perjudicado para que pueda optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil derivada del delito de abandono de familia ante la jurisdicción civil. Si se produce esta opción, no existirá ningún obstáculo para que se continúe en el Juzgado de Familia la vía de apremio respecto de la totalidad de las pensiones impagadas.

F) FALTA DE CAPACIDAD O DE REPRESENTACIÓN DEL EJECUTANTE O NO ACREDITAR EL CARÁCTER O REPRESENTACIÓN CON QUE DEMANDA

En ocasiones, ante la reclamación de pensiones atrasadas, alega el ejecutado, que siendo mayor de edad el hijo que tiene reconocido el derecho a alimentos, el ejecutante carece de legitimación para instar en su nombre la demanda ejecutiva, es decir, carece de legitimación *ad proce-sum*. Dado que la mayoría de edad empieza a los dieciocho años, conforme establece el artículo 315 del Código Civil, y que entonces el hijo adquiere plena capacidad jurídica, resulta evidente que ninguno de los padres podrá representarlo, salvo que esté formalmente autorizado o apoderado para ello. Partiendo del hecho de que la pensión alimenticia ya está concedida dentro del procedimiento matrimonial resultaría incongruente que se remitiese al hijo mayor de edad a un procedimiento de alimentos para que pudiese reclamar las pensiones que no se han abonado por el progenitor, por lo que en la práctica, para desestimar las pretensiones del demandado se adoptan algunas de las siguientes soluciones:

- Personación en autos del hijo mayor de edad, manifestando que se adhiere a la petición de reclamación del pago de pensiones en todos sus extremos. Para la personación bastará la comparecencia del hijo ante el secretario judicial otorgando apoderamiento *apud—acta* a favor del mismo procurador que tiene el progenitor con el que convive.

- Dictar providencia acordando oír al hijo mayor de edad para que manifieste si autoriza o no al progenitor con el que convive para reclamar los alimentos adeudados, no accediendo a lo solicitado por el deudor si el hijo mayor de edad contesta en sentido afirmativo, y deduciendo el importe de la pensión alimenticia correspondiente al hijo mayor de edad, si lo hace en sentido negativo. No obstante habrá que tener en cuenta el comentario que efectuamos anteriormente en cuanto a que el hijo haya alcanzado o no independencia económica.
- Entender que la pensión fijada lo es por el concepto de levantamiento a las cargas del matrimonio, donde están incluidos los «gastos» de este hijo mayor de edad mientras siga viviendo en el domicilio familiar y no tenga ingresos propios. En este sentido el artículo 155.2 del Código Civil establece que es obligación de los hijos «*contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan en ella*».
- Justificar la representación, en base a las teorías de «legitimación por sustitución», «mandado verbal o tácito», «legitimación compartida» o por último, dentro de las facultades que le confieren la dirección, gestión y administración de la economía familiar.

Si la oposición del ejecutante se centra en la falta de legitimación *ad causam*, esto es, que al haber alcanzado la mayoría de edad el hijo, se ha extinguido la pensión alimenticia, la desestimación está asegurada, ya que este progenitor olvida:

- Que la mayoría de edad no figura entre las causas del artículo 152 del Código Civil por las que cesa la obligación de dar alimentos.
- Que el artículo 93 del Código Civil en su nueva redacción, establece que «*si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss. de este Código*».
- Que el artículo 142 del Código Civil, entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Algunas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra la de Madrid, vienen aplicando el criterio de que si la sentencia se dictó con

anterioridad a que entrase en vigor la reforma del artículo 93 del Código Civil efectuada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no es exigible el pago de la pensión alimenticia dentro del procedimiento matrimonial cuando los hijos van alcanzando la mayoría de edad. Esta tesis está basada en que dicha ley no tiene carácter retroactivo, y por tanto no será aplicable a los procedimientos anteriores. Sin embargo, hay que tener en cuenta que una vez que se ha establecido la pensión alimenticia, sólo podrá modificarse o extinguirse por alguna de las causas señaladas en los artículos 150 y 152 del Código Civil, y seamos realistas, lo único que se consigue con ello, es obligar al hijo mayor de edad, pero aún dependiente de sus padres, a que interponga un procedimiento en reclamación de alimentos.

G) NULIDAD RADICAL DEL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN POR NO CONTENER LA SENTENCIA PRONUNCIAMIENTO DE CONDENA

Esta causa de oposición está relacionada con el despacho de ejecución en base a la reclamación de cantidades que no están incluidas en el convenio regulador ni en la resolución judicial. Un ejemplo de ello es el supuesto en el que el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia se le reclama las cantidades que percibe de la empresa en concepto de «ayudas escolares» y que son consecuencia de los convenios colectivos firmados en las empresas. Si no se ha pactado nada respecto a estas ayudas en el convenio regulador o en la sentencia, no se podrá despachar ejecución para que entregue dichas cantidades, pues lo contrario vulneraría el artículo 18 de la LOPJ, ya que se estaría ejecutando un pronunciamiento que no se contiene en la sentencia. Igual sucede con el despacho de ejecución por gastos extraordinarios, sin que previamente se haya liquidado su cuantía. También cabe entender incluidos los supuestos en los que uno de los cónyuges reclama el pago de deudas de la sociedad de gananciales, cuando no existe en la sentencia o en el convenio regulador ninguna previsión al respecto.

Dentro de este apartado tenemos que comentar la posible oposición del ejecutado en base a que la deuda no es líquida y que por tanto, previamente a iniciarse la ejecución debe dictarse una resolución determinando la cuantía de la misma. Esta oposición no tendrá ningún éxito, puesto que no estamos ante un supuesto de deuda ilíquida, ya que la sentencia condena al pago de una cantidad líquida y determinada —por ejemplo veinte mil pesetas mensuales— y aunque contenga una cláusula de actualización, está perfectamente determinada —normalmente IPC o variación en el sueldo— y es conocida por el demandado ya puede acudir al Instituto Nacional de Estadística o comprobar sus pro-

prios ingresos. Por tanto, no cabe acudir al incidente de ejecución previsto en los arts. 712 y ss. de la LEC para supuestos de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas, sino al art. 571 de la LEC que regula la ejecución dineraria. La circunstancia de que pueda existir duda respecto a la cuantía realmente adeudada no convierte a la deuda en ilíquida, sino que es necesario oponerse a la ejecución en base a alguna de las causas que hemos alegado anteriormente. Quizás podría considerarse ilíquida la deuda dimanante de un convenio regulador en el que la cuantía de la pensión se hubiese fijado en un tanto por ciento de los ingresos del progenitor, siempre y cuando este no fuese un trabajador por cuenta ajena.

5. Otras causas de oposición

Señala el art. 564 de la LEC: *«Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrán hacerse valer en el proceso que corresponda».*

En principio, no tendrán eficacia alguna frente a la ejecución las siguientes causas de oposición:

A) SUPUESTO EN EL QUE EL HIJO OBTIENE INGRESOS PROPIOS, AUNQUE CONVIVE EN EL DOMICILIO FAMILIAR

La obtención de ingresos por el hijo mayor de edad que tiene asignada una pensión alimenticia es una circunstancia que puede dar lugar a una modificación de las medidas que se encuentren vigentes y que podrá estar dirigida bien a reducir la cuantía de la pensión alimenticia o bien a su propia extinción.

Si el deudor en el escrito de oposición a la ejecución alega que alguno de los hijos no tiene derecho a la pensión alimenticia por percibir ingresos propios, lo aconsejable será dar traslado a la parte contraria y al propio hijo. En el supuesto de mostrar su conformidad la parte ejecutante, evidentemente deberá descontarse el importe de las pensiones del hijo mayor de edad de la cantidad reclamada. Si no se muestra la conformidad con estas alegaciones, la cuestión desborda los límites de la ejecución de sentencia, ya que el progenitor obligado al pago de la pensión deberá iniciar el correspondiente procedimiento de modificación

de medidas, sin perjuicio de que deban seguir cumpliéndose las medidas que se encuentran actualmente vigentes.

B) PROPORCIONALIDAD DE LOS ALIMENTOS AL CAUDAL O MEDIOS DE QUIEN LOS DA Y A LAS NECESIDADES DE QUIEN LOS RECIBE

El artículo 146 del Código Civil, señala que *«La cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe»* y el artículo 147 que *«los alimentos se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiera de satisfacerlos»*. Si iniciada la ejecución para el pago de los alimentos atrasados, alega que sus ingresos económicos se han reducido de tal manera que no puede atender al pago de la pensión fijada y que por tanto la pensión alimenticia debe reducirse e incluso extinguirse, estamos nuevamente en presencia de un hipotético cambio de circunstancias que permite al progenitor iniciar un procedimiento de modificación de medidas, al que pudo y debió acudir desde el momento en que cambió su situación económica.

La proporcionalidad de los artículos 146 y 147 del Código Civil no opera de forma automática en los supuestos en los que la pensión se ha establecido en una cantidad fija con sus correspondientes actualizaciones, y por tanto será preciso el inicio de un procedimiento de modificación. En cambio esta proporcionalidad sí opera automáticamente en el supuesto de que la pensión alimenticia se estableciera en base a un porcentaje de los ingresos del progenitor obligado al pago de alimentos.

C) INTERPOSICIÓN DE UNA DEMANDA DE MODIFICACIÓN

Si han cambiado las circunstancias económicas del cónyuge que presta la pensión alimenticia o compensatoria, y ha interpuesto demanda de modificación de medidas a fin de extinguir las pensiones o rebajar el importe de las mismas, no puede oponerse a la ejecución iniciada alegando que con carácter cautelar quede en suspenso la misma hasta que se dicte sentencia en el procedimiento de modificación, y ello por tres razones fundamentales:

- Que se están ejecutando pensiones atrasadas que llegado el día de su vencimiento no hicieron efectivas.
- Que en el procedimiento de modificación si bien podrá acordarse una rebaja en el importe de la pensión o incluso declarar que no

deberá pagarse en el futuro, son muy escasas las sentencias que acuerdan el carácter retroactivo de la misma.

—Que las medidas fijadas estarán vigentes y por tanto exigibles hasta que sean sustituidas judicialmente por otras.

No podemos olvidar que el procedimiento se encuentra en trámite de ejecución de sentencia y que éste no permite modificaciones del fallo, ya que la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado, que la sentencia ha de ejecutarse en sus propios términos.

D) ESTAR CONVIVIENDO EL CÓNYUGE BENEFICIADO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON UNA TERCERA PERSONA O HABER ACCEDIDO A UN TRABAJO REMUNERADO

Es cierto que en ocasiones la situación del cónyuge beneficiario de la pensión compensatoria se ha modificado sustancialmente y que ello podría constatarse fácilmente. En estos casos, puede resultar incluso injusto y contrario a derecho que un cónyuge tenga que seguir abonando la pensión compensatoria al otro, y suele ser motivo de oposición a la reclamación de las pensiones.

Lamentablemente, en nuestra legislación procesal no se contempla la posibilidad de extinguir la pensión compensatoria en fase de ejecución de sentencia, a pesar de que quede acreditado el cambio de circunstancias. Por ello, como señala el auto de la AP de Navarra de 16 de febrero de 1996 «La Sala no puede compartir la tesis del apelante, toda vez que el mismo recurrió a las vías de hecho dejando de satisfacer voluntariamente la pensión a la que estaba obligado. Si aquel entendía que no debía pagar la pensión compensatoria porque su ex-esposa convivía maritalmente con otra persona, dada su condición de obligado al pago de aquella, necesariamente estaba obligado a interponer una demanda de modificación de medidas con arreglo a lo que establece el artículo 101 del Código Civil.

No obstante, en la práctica se puede comprobar cómo algunos juzgados y tribunales dejan sin efecto en fase de ejecución de sentencia una pensión alimenticia o compensatoria, práctica que si bien no existe ningún obstáculo en aplicar cuando hay consenso entre ambos cónyuges y en base exclusivamente a criterios de economía procesal, no tiene ninguna cobertura legal cuando una de las partes se opone a la extinción de pensión o a la modificación de su cuantía, ya que es evidente que la resolución que acuerde este pronunciamiento tiene carácter constitutivo, circunstancia que impide su adopción en fase de ejecución de sentencia.

e) Haber formado el deudor una nueva familia

Nuevamente nos encontramos con una causa de oposición a la ejecución que no tiene ninguna virtualidad en cuanto a paralizar el cumplimiento de las medidas que actualmente se encuentran vigentes. Si el deudor entiende que el haber contraído nuevo matrimonio o haber tenido nueva descendencia es causa suficiente para instar una modificación de medidas, deberá presentar la correspondiente demanda, pero ello no le exime de cumplir lo establecido en el convenio regulador o en la resolución judicial.

f) Situación de desempleo del progenitor

La ausencia de ingresos por parte del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia o compensatoria como consecuencia de la pérdida de trabajo tampoco puede tener efecto alguno para suspender la vía ejecutiva ni para reducir la cuantía de la deuda¹⁹. Por tanto,

¹⁹ *No procede dejar en suspensión la obligación alimenticia del progenitor en base a la alegación de que ha agotado la prestación por desempleo.* AP MADRID, Sec. 22, Sentencia de 22 de junio de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. Suplica la dirección Letrada del esposo, con revocación parcial de la sentencia de instancia, la suspensión temporal de la obligación alimenticia en pro de la hija común, dado que, si bien al tiempo de la presentación de la demanda el mismo percibía unas 80.000 ptas. mensuales por desempleo, acabó por agotar dicha prestación, y no tenía ingreso alguno cuando se dicta la resolución recurrida.

En lo que concierne a la pretensión económico-alimenticia deducida conviene recordar que, al tiempo de la suscripción, en el mes de abril de 1994, del convenio regulador aprobado, en los antecedentes autos de separación matrimonial, mediante sentencia de 27 de septiembre de dicho año, el esposo se encontraba en situación oficial de paro laboral, habiendo ya agotado la prestación por desempleo (*vid.* informe de vida laboral incorporado al folio 17 de los autos), y siendo beneficiario, en dicho momento, del correspondiente subsidio, según reconoce al absolver la segunda de las posiciones que le fueron formuladas.

La situación que, al tiempo del planteamiento de la litis de divorcio, se expone a la consideración judicial es exactamente la misma, pues apareciendo en el antedicho informe que Don Carlos José fue perceptor de prestación por desempleo en el período comprendido entre el 7 de noviembre de 1996 y el 6 de mayo de 1997, acaba por reconocer aquél, en la referida prueba de confesión, que está cobrando el subsidio, y ello con un período de vigencia hasta el mes de diciembre de 1998.

Y bajo tales condicionantes, no puede llegarse a pronunciamientos distintos de los que libremente asumieron las partes, con similares, cuando no idénticas, circunstancias económico-laborales. A mayor abundamiento, no puede olvidarse que, de conformidad con la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, en la actualidad sustituida por el R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (arts. 215 y 216), el antedicho subsidio se concede sobre la base de haber agotado la prestación por desempleo y tener el trabajador responsabili-

será necesario presentar la correspondiente demanda de modificación de medidas.

g) No haber ejercido el derecho de visitas

Este es un supuesto bastante común, ya que cuando el cónyuge que no tiene a los hijos no puede ejercer el derecho de visitas utiliza como medio de presión el impago de las pensiones, olvidando las necesidades que puedan estar pasando los hijos, dada la naturaleza y fin que tiene la pensión alimenticia. Debe rechazarse de plano dicha petición, sin perjuicio de que se requiera al otro cónyuge para que no impida y favorezca el ejercicio del derecho de visitas por parte del progenitor que no tiene la custodia de los hijos.

h) Estar trabajando el otro cónyuge y ganar más dinero que él

Se trata de otro caso en el que puede modificarse el importe de la pensión al haber cambiado las circunstancias económicas que se tuvieron en cuenta para fijar el importe de la pensión alimenticia o compensatoria, pero sin suspender el curso de la ejecutoria, deberá interponerse una demanda de modificación de medidas.

i) Descuento de los meses de vacaciones

Sin duda inducido por el error de que el pago mensual de la pensión alimenticia se hace para los gastos de ese mes concreto, algunos deudores solicitan el descuento de las pensiones correspondiente a los meses en que ejerciendo el derecho de visitas tienen consigo a sus hijos. Cuando se fija el importe de la pensión no se hace atendiendo a lo que mensualmente pueda necesitar un menor, sino que se calcula una cantidad global que luego se fracciona en mensualidades, existiendo de hecho meses en los que existen más gastos que en otros, debiendo por ello rechazarse de plano lo alegado por el ejecutado.

dades familiares, cuales las de asumir el mantenimiento de un hijo menor, pues, en otro caso, sólo procedería la concesión del subsidio en condiciones que no consta reúna el esposo, conforme es de ver por la lectura de los indicados preceptos. Y siendo ello así, no puede distraerse dicha aportación económica de la finalidad a que legalmente viene abocada, esto es la de satisfacer la carga representada por la hija dependiente del beneficiario.

Consideraciones todas ellas que hacen decaer la pretensión exoneratoria, aún con carácter temporal, de la obligación alimenticia, en razón a las circunstancias concurrentes al tiempo de la sustanciación de la litis ante el Órgano *a quo* y su resolución por la sentencia recurrida.

Como señala la sentencia de la AP de Madrid de 9 de diciembre de 1992 «Las pensiones han de pagarse siempre y en todos los meses del año, haya o no vacaciones de verano, Semana Santa o Navidad. Tomar posición distinta sería dejar al capricho del progenitor obligado al pago la cuantía que debe abonar contraviniendo los pactos preestablecidos o desobedeciendo la parte dispositiva de la sentencia».

j) Haberse impugnado la paternidad por parte del obligado al pago de la pensión alimenticia

Basta un breve comentario para desvirtuar este motivo de oposición: Mientras que no se destruya la presunción de paternidad que comporta la inscripción registral, hay que atribuir al padre, tal como viene determinado por la inscripción de nacimiento, la obligación alimenticia que le imponen con carácter genérico los artículos 110 y 154 del Código Civil y el artículo 39.3 de la CE y específicamente la resolución judicial o el convenio regulador vigente en el momento en el que se solicita la ejecución. Incluso existen supuestos en los que después de haberse acreditado que el que figuraba como padre en el registro civil no era el padre biológico debió seguir abonando la pensión al haberse desestimado la demanda de impugnación de paternidad por prescripción de la acción.

k) Extinción de la pensión alimenticia del cónyuge tras la sentencia de divorcio

Dada la imprecisión técnica de muchos convenios reguladores y de otras tantas sentencias judiciales que utilizan indistintamente los conceptos de contribución a las cargas del matrimonio, alimentos, manutención, ayuda familiar, etc., es posible que nos encontremos en fase de ejecución de una sentencia de divorcio en la que no se ha establecido ninguna pensión compensatoria para el cónyuge pero sí una pensión alimenticia. El cónyuge obligado al pago, aprovechando el tenor literal del artículo 143 del Código Civil relativo a las obligaciones alimenticias y las reiteradas manifestaciones del Tribunal Supremo en cuanto a que no caben alimentos entre cónyuges tras el divorcio, suele en ocasiones oponerse a la reclamación de atrasos alegando que ya no tiene obligación legal de entregar alimentos al otro cónyuge.

Evidentemente este motivo de oposición no puede prosperar, ya que olvida que en nuestro ordenamiento jurídico se establecen dos clases de obligaciones alimenticias, una la establecida en el artículo 143 del Código Civil y otra la del artículo 153 del Código Civil, que prevé

la existencia de alimentos por testamento o por pacto, y precisamente esta última calificación tienen los alimentos entre cónyuges que se incluyen en un convenio regulador de divorcio. No obstante, bien es cierto que otra cuestión muy distinta es que la resolución judicial sea la que contenga esta obligación alimenticia tras el divorcio. En este caso, la mayoría de las resoluciones de las audiencias provinciales que se han pronunciado en la materia, aunque con distintas fundamentaciones, no han estimado el motivo como causa de extinción de la obligación económica.

l) Existencia de una reconciliación temporal durante la época en la que se reclaman las pensiones

Después de dictada una sentencia matrimonial en la que se acuerda la separación de los cónyuges, es posible que posteriormente vuelvan a reanudar la convivencia, bien porque quieran concederse un nuevo intento de restablecer su unión o bien para cubrir una necesidad material del cónyuge que abandonó la vivienda, sin embargo, esta convivencia únicamente se prolonga durante algunos meses. Si posteriormente el cónyuge beneficiario de la pensión reclama el impago de diversas mensualidades ¿puede el demandado oponerse a la reclamación de las pensiones correspondientes al período en el que reanudaron la convivencia? La cuestión es controvertida²⁰ ya que si bien por un lado existe una resolución en la que figura como obligado al pago de una prestación

²⁰ *Ineficacia de la alegación de una reconciliación entre los cónyuges como motivo de oposición a la pensión alimenticia.* AP. BARCELONA. Sec. 12. Auto de 29 de abril de 1999. Ponente: Ilmo. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. La ejecución de las sentencias judiciales, proyección práctica de su eficacia, ha de ajustarse necesariamente a sus pronunciamientos específicos, lo que no impide que se consideren comprendidos en los mismos lo que sea consecuencia natural y obligada de aquéllos, por su naturaleza o por disposición legal, siempre, como ordena el art. 919 de la L.E.C., a petición de parte.

Instada ejecución de sentencia de separación matrimonial para la satisfacción de pensiones alimenticias atrasadas y actualizaciones de la prestación, se ha opuesto el esposo ejecutado aduciendo el intento de reconciliación de los consortes, en agosto y septiembre de 1995, durante tal período de tiempo se aduce la vida en común de los esposos, y la entrega a la ejecutante de la totalidad de ingresos del ejecutado.

Prima facie, y en cuanto al intento de reconciliación aducido por el ejecutado, de otra parte no puesto en conocimiento del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia de separación, tal como previene el art. 84 del CC, a efectos de dejar sin efecto lo en ella resuelto, es de precisar que no consta en autos que el esposo atendiere al cumplimiento de las cargas familiares que en concepto de necesidades alimenticias debía satisfacer a sus descendientes, tal como atinadamente resuelve el auto impugnando, lo que hace atendible la deuda alimenticia surgida de ese intento efímero de reconciliación así como del resto de las pensiones reclamadas del año 1995.

periódica, por otro es posible que este cónyuge durante el período de convivencia hubiese contribuido al levantamiento de las cargas y por ello, podría incurrirse en un abuso de derecho por parte del actor reclamar cantidades que ya se abonaron en especie. La solución pasa citar a las partes a «vista» y practicar las pruebas necesarias con la finalidad de que el ejecutado pueda demostrar si durante ese período aportó cantidades para el sostenimiento de la familia. Si ello se consigue, habrá que deducir de la cantidad reclamada todas aquellas que pudieran incluirse en este concepto, y por el contrario si no se acredita no podrá minorarse la cuantía de la reclamación.

Desde luego lo que hay que dejar bien claro, es que aun en el supuesto de que se hubiese producido una auténtica reconciliación entre los cónyuges, esta circunstancia no supone la extinción ni la modificación automática de las medidas que se decretaron en la sentencia de separación, ya que no podemos olvidar que el artículo 84 del Código Civil señala: «Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación con los hijos, cuando exista causa que lo justifique».

m) Traslado voluntario del hijo mayor de edad al domicilio del progenitor obligado al pago de alimentos

Si el hijo mayor de edad decide voluntariamente trasladarse a vivir al domicilio del progenitor que, según el convenio regulador o la resolución judicial, venía obligado al pago de alimentos, es causa más que suficiente para que desde este momento deje de abonarse la pensión alimenticia al progenitor con el que convivía anteriormente el hijo.

Jurídicamente se ha producido un pacto entre el hijo mayor de edad y el progenitor, en virtud del cual opera el artículo 149 del Código Civil, puesto que el alimentante ha optado por prestar los alimentos recibiendo en su domicilio al hijo, y el alimentista ha aceptado esta forma de recibir los alimentos. Para dar fe de esta circunstancia a la fecha del traslado es conveniente la comparecencia del hijo en el juzgado para que ratifique esta circunstancia.

n) Cambio tácito de la guarda y custodia o convivencia temporal del hijo menor de edad con el progenitor no custodio

Es frecuente en algunos supuestos que aun cuando la guarda y custodia de los menores está atribuida a un cónyuge, sea el otro progenitor el que de hecho venga conviviendo con los hijos o con alguno de ellos, bien por un pacto entre los cónyuges o por deseo expreso de los meno-

res, sin que ello haya trascendido al procedimiento judicial. Presentada reclamación de impago de pensión por el cónyuge que legalmente tiene la custodia de los menores, el otro cónyuge se opone alegando la convivencia de éstos en su domicilio.

La solución resulta difícil, ya que si bien a tenor del auto o de la sentencia está obligado al pago de la pensión, ésta ha quedado sin contenido al tener el deudor de hecho la custodia de los hijos. La tramitación que creemos más adecuada, es dar traslado a la parte ejecutante de las manifestaciones del ejecutado, si ésta insiste en el pago de la misma, celebrar la vista dando a las partes la oportunidad de practicar pruebas —siendo fundamental la exploración de los menores—, resolviendo posteriormente la cuestión de la siguiente forma:

—Si se ha acreditado en forma la convivencia estable de los menores con el otro progenitor, la resolución que se adopte rebajará de la cantidad reclamada el importe de las pensiones devengadas durante el tiempo de convivencia²¹. Lo contrario sería amparar el

²¹ *No procede ejecutar la sentencia de separación, ya que ambos cónyuges consintieron su modificación implícita cuando todos los hijos se trasladaron a convivir con el padre.* **AP BARCELONA, Sec. 12 Auto de 31 de marzo de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.** La representación de la parte recurrente fundó el recurso de apelación que ha sostenido ante la Sala en tres motivos diferenciados: a) la inexistencia de sentencia dictada en proceso modificatorio de las medidas reguladoras de los efectos de la separación, cuya circunstancia no ha sido tenida en consideración por el juzgador de instancia; b) la inaplicación del art. 93.2 del CC, en cuanto a que confiere al progenitor con el que conviven los hijos para reclamar alimentos en su nombre; y c) la inaplicación de la doctrina legal que posibilita la realización de la liquidación de la sociedad de gananciales en la fase de ejecución del proceso de separación matrimonial. En base a ello interesó la revocación de la resolución recurrida, y la solicitud de que fuera dictada otra conforme a derecho. Por la representación de la parte apelada se solicitó la confirmación del Auto impugnado.

El primero de los motivos del recurso, que tiende a que se reconozca plenos efectos y vigencia a la sentencia de separación de fecha 5 de diciembre de 1983, por cuanto la misma no ha sido modificada por resolución posterior, ha de ser analizado sobre la consideración de que las sentencias constitutivas de obligaciones, no pueden desvincularse de la propia vida de los derechos que, preexistentes a su declaración judicial, como es el de alimentos —art. 148 del CC—, la sentencia únicamente los concretó y determinó en un momento determinado de su historia —en el caso de autos en el año 1983—, sobre la base de los elementos fácticos que fueron ponderados en la resolución en la que se preveía una determinada situación de los hijos del matrimonio. Cesada la convivencia de los tres hijos que quedaron con la madre en el año 1998, cuando pasaron a residir con el padre, como ha sido plenamente reconocido por la ejecutante, el principio jurídico *rebus sic stantibus* ha de desplegar su eficacia íntegra, máxime cuando tal situación fue plenamente aceptada por la hoy ejecutante, que expresamente formuló desistimiento de la pretensión de ejecución que formuló en el año 1987, y expresó su conformidad con la cesación del pago de alimentos por el esposo desde tal fecha, puesta de manifiesto con el acto propio de no haber ins-

abuso de derecho del progenitor que, en virtud de la sentencia tenía la guarda y custodia de los menores, pero que luego no la ejerció de manera efectiva, conducta contraria a la buena fe que, como principio general, se recoge en el art. 7 del CC. Si la pensión alimenticia se fijó globalmente para varios hijos, la rebaja de la pensión deberá ser proporcional al número de hijos que han cambiado de custodia.

tado la ejecución de la sentencia hasta el 10 de mayo de 1996, cuando habían transcurrido más de ocho años desde que se produjo el hecho extintivo, y todos los hijos del matrimonio pasaron a residir con el padre.

Es cierto que la situación creada en 1988 debió ser objeto de nueva regulación con el ejercicio de la acción modificatoria de las medidas reguladoras de los efectos de la separación, pero tal omisión no es imputable únicamente al ejecutado, sino que también lo es a la propia parte ejecutante, que no acudió a los tribunales, pero dejó de cumplir las previsiones del convenio regulador en cuanto al cuidado de los tres hijos entonces menores que habían quedado a su cargo, pasando éstos a depender respecto a todas sus necesidades del padre, que también se había hecho cargo, en su propio domicilio, de los otros cinco hijos del matrimonio.

La apariencia de vigencia formal de la resolución que se ha pretendido ejecutar, no puede ser admitida por los tribunales, por cuanto implicaría un claro abuso de derecho, proscrito de nuestro sistema legal por el art. 7 del CC, sin que la circunstancia de que, cuatro años más tarde, en 1992, dos de las hijas decidiesen volver a convivir con la madre, altere la extinción operada de las medidas reguladoras de la separación en lo que se refiere a los alimentos de las mismas en sede del litigio matrimonial, ya que éstas, por su condición de personas mayores de edad, ejercitaron su libre derecho de opción a residir donde les conviniera, con plena capacidad de reclamar de sus progenitores los alimentos que precisaren, como de hecho consta que lo hicieron, concertando con el padre la ayuda directa que éste les ha venido prestando cuando le ha sido solicitada.

Es de considerar, por otra parte, que el status jurídico definido en la sentencia de separación respecto a los hijos y la atención de sus necesidades alimenticias, quebró con la circunstancia de que todos ellos pasaran a convivir y depender del padre, por lo que la nueva situación generada cuando las dos hijas regresaron a residir con la madre, es una circunstancia nueva, que debió ser regulada *ex novo*, en base a un elemental principio de seguridad jurídica, bien con el ejercicio de la acción modificatoria, o con la formulación de la oportuna reclamación de alimentos de las hijas mayores de edad contra sus progenitores. Ninguna de las circunstancias se han dado, lo que muestra, de forma evidente, que las hijas no han precisado mayores prestaciones alimenticias que las que sus padres les ha otorgado.

En conexión con lo anterior, ha de enjuiciarse el segundo de los motivos del recurso, relativo a la legitimación de la madre para reclamar los alimentos de las hijas que conviven con la misma, del otro progenitor, que el juzgador de instancia no ha reconocido. En tal sentido, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre la irretroactividad de la modificación del art. 93 del CC, por la ley de noviembre de 1990, respecto a las obligaciones dimanantes de sentencias anteriores a su promulgación, y en lo que se refiere a los hijos mayores de edad. Tal doctrina, acertadamente aplicada por el juzgador de instancia, implica la desestimación de la pretensión sostenida con el presente recurso por la parte recurrente en lo que se refiere a las prestaciones alimenticias de las hijas tras su mayoría de edad, sin perjuicio del derecho que asiste a las mismas para, si se encontraran en situación de necesidad, formular la acción de alimentos correspondiente.

—En el supuesto de que esta convivencia no haya quedado debidamente probada, o se haya limitado a algunos días o semanas, sin que ello haya supuesto una verdadera alteración del régimen establecido, no deberá tenerse en cuenta a efectos de reducir la cuantía de la deuda.

Si se opta por no tener en cuenta esta circunstancia y seguir la vía de apremio contra el progenitor que, a pesar de ejercer la guarda y custodia de los hijos, aparece como obligado al pago de una pensión en el convenio regulador o en la resolución judicial, se estaría permitiendo el abuso de derecho y el enriquecimiento injusto del progenitor que reclama el pago de la pensión, circunstancia expresamente prohibida por el artículo 11.2 de la LOPJ.

6. Tramitación de la oposición del ejecutado

Dependiendo de los motivos de oposición alegados por el ejecutado, se prevén en la LEC dos trámites distintos.

A) SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA OPOSICIÓN POR DEFECTOS PROCESALES

De las posibles causas que hemos enumerado anteriormente, sólo podrán alegarse como excepción procesal la falta de capacidad o de representación del ejecutado o no acreditar el carácter o representación con que demanda y la nulidad radical del despacho de ejecución.

Si el ejecutado hubiese alegado esta causa, de acuerdo con lo señalado en el art. 559 de la LEC, se dará traslado por cinco días al ejecutante para que pueda formular alegaciones. La resolución del tribunal puede ser alguna de las siguientes:

—Si entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.

Por lo que se refiere a la liquidación del patrimonio conyugal, no puede compartir la Sala el criterio del juzgador de instancia por el que se difiere a la ejecución de la sentencia de divorcio la liquidación del patrimonio ganancial, ya que la disolución del régimen económico que estuvo vigente entre los litigantes, fue un efecto automático, *ex lege*, de la sentencia de separación, tal como establece el párrafo 3.º del art. 1.392 del CC, en relación con el art. 95 del mismo texto legal, con independencia de que la efectiva liquidación no se haya producido hasta la fecha, resultando pertinente proceder a su práctica en sede de ejecución de la propia sentencia, tal como posibilita el art. 91 del CC, por los trámites previstos en los arts. 1.410 y concordantes del mismo texto legal, razón por la que debe prosperar el motivo del recurso referido a tal extremo.

- Si el defecto no fuese subsanable o no se subsanare dentro del plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución, con imposición de costas a la parte ejecutante.
- Si no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.

B) SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN POR MOTIVOS DE FONDO

Cuando se haya resuelto sobre la oposición a la ejecución por motivos procesales o éstos no se hayan alegado, el ejecutante podrá impugnar la oposición basada en motivos de fondo en el plazo de cinco días, contados desde que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición.

Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de ésta, podrán solicitar la celebración de vista, que el tribunal acordará mediante providencia si la controversia sobre la oposición no pudiere resolverse con los documentos aportados, señalando día para su celebración dentro de los diez siguientes a la conclusión del trámite de impugnación.

Si no se solicitara la vista o si el tribunal no considerase procedente su celebración, se resolverá sin más trámites la oposición conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Cuando se acuerde la celebración de vista, si no compareciere a ella el ejecutado el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el apartado primero del artículo 442. Si no compareciere el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición a la ejecución. Compareciendo ambas partes, se desarrollará la vista con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, dictándose a continuación la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

De acuerdo con lo establecido en el art. 561 de la LEC, oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones:

- a) **Declarar procedente que la ejecución siga adelante** por la cantidad que se hubiese despachado, cuando la oposición se desestimare totalmente. En caso de que la oposición se hubiese fundado en pluspetición y ésta se desestimare parcialmente, la

ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda. El auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de ésta al ejecutado, conforme a lo dispuesto en el artículo 394 para la condena en costas en primera instancia.

- b) **Declarar que no procede la ejecución**, cuando se estimare alguno de los motivos de oposición enumerados en los artículos 556 y 557 o se considerare enteramente fundada la pluspetición que se hubiere admitido conforme al artículo 558. En este caso, se dejará ésta sin efecto y se mandará alzar los embargos y las medidas de garantía de la afección que se hubieren adoptado, reintegrándose al ejecutado a la situación anterior al despacho de la ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 533 y 534. También se condenará al ejecutante a pagar las costas de la oposición.

Contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición.

Cuando la resolución recurrida sea estimatoria de la oposición el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 697 de esta Ley, y el tribunal así lo acordará, mediante providencia, siempre que el ejecutante preste caución suficiente, que se fijará en la propia resolución, para asegurar la indemnización que pueda corresponder al ejecutado en caso de que la estimación de la oposición sea confirmada.

7. Otras cuestiones relacionadas con el pago de las pensiones

A) ADMINISTRACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Otra cuestión que se plantea en fase de ejecución de sentencia está relacionada con la administración de la pensión. En la práctica nos encontramos con el caso en el que el progenitor deudor se opone al pago alegando que quiere entregarle la pensión directamente al hijo mayor de edad para que sea éste el que la administre.

Ya que la administración de la pensión alimenticia de los hijos menores corresponde al progenitor con el que conviven, y siendo precisamente esa convivencia en el domicilio familiar la causa determinante de la concesión de la pensión alimenticia a los hijos mayores de edad dentro del procedimiento matrimonial, es evidente que será éste proge-

nitor el que igualmente se encargue de su administración²², destinando el importe de las pensiones a levantar la totalidad de las cargas familiares, no pudiendo en consecuencia, admitirse la tesis de que sean los propios hijos los que administren el importe de la pensión. No obstante resulta práctico al inicio de la ejecutoria, que comparezcan en autos los hijos mayores de edad manifestando que muestra su conformidad para que sea el progenitor con el que convive el encargado de administrar «su» pensión alimenticia, o bien designar la misma cuenta bancaria de este progenitor, para que se ingresen en ella «sus» pensiones.

B) PRESTACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN CASA DEL ALIMENTANTE

El artículo 149 del Código Civil reformado por la Ley del Menor 1/1996, de 15 de enero, establece que *«El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra o perjudique el interés del alimentista menor de edad»*.

Si el obligado a pagar la pensión alimenticia hace uso del artículo 149 del Código Civil y opta por mantener en su propia casa al hijo, deberá examinarse el supuesto concreto, ya que no se trata de un derecho absoluto del alimentante que limite las facultades de los Tribunales para examinar las circunstancias concurrentes y que siempre se subordina a que no exista estorbo ni legal ni moral para que el alimentista se

²² *El progenitor con el que convive el hijo mayor de edad es el que tiene que recibir la prestación alimenticia del otro progenitor. AP BARCELONA Sec. 12.^a, Sentencia de 3 de abril de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Subirás Roca.* El párrafo segundo del art. 93 del CC añadido por Ley 11/1990, de 15 de octubre, supone la pervivencia del derecho de un cónyuge de ser perceptor de los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes del CC, para aquellos hijos que aun siendo mayores de edad o emancipados, sigan conviviendo en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. la persona legitimada para seguir percibiéndolos sigue siendo en el presente caso la madre, sin perjuicio de la intervención de este hijo mayor de edad como legitimado (coadyuvante) por su interés en la cuestión. No obstante, no se trata de un derecho de alimentos del hijo en el sentido propio del art. 142 y siguientes del CC, sino para el hijo en cuanto se halla inserto en un nuevo núcleo familiar formado tras la crisis conyugal. Será pues aquel progenitor a cuyo cargo queda la nueva entidad familiar formada, quien habrá de recibir la prestación para atender la carga que grava su patrimonio, al no ser su destinatario este hijo mayor de edad, sino aquel progenitor que asume a título principal (por convivir con él) la carga familiar de subvenir *prima facie* sus necesidades en tanto el hijo carezca de ingresos propios.

traslade a casa del alimentante²³. Debe evitarse acceder a la solicitud del ejercicio de opción cuando el mismo pretende exclusivamente suprimir la pensión alimenticia, cuando el progenitor que lo solicita sabe de antemano que el hijo no se trasladará a su domicilio.

III. La ejecución del pronunciamiento de atribución del uso de la vivienda

Dictada la resolución en la que se atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, a instancia de la parte beneficiaria de tal medida,

²³ *No se accede a la petición del padre de prestar los alimentos de la hija mayor de edad recibiendo a la misma en su propia casa. AP BARCELONA, Sec. 18, Sentencia de 22 de febrero de 1999. Ponente: Ilma. Sra. Magistrada D.ª Margarita Noblejas Negri-llo.* Fundamenta el apelante el recurso que se examina insistiendo en que, a la vista de que su hija, mayor de edad, no realiza ningún tipo de estudio, —siendo así que sus calificaciones académicas cuando estudiaba eran nefastas— ni menos aún actividad laboral, está legitimado para ejercitar la opción que le permite el art. 149 CC en cuanto a prestar los alimentos a la misma en la propia casa del alimentante con el fin de tener la posibilidad de cambiar la forma de vida de aquélla de forma tal que le permita poder acceder algún día al mercado laboral y proveer así a sus propias necesidades, o en otro caso, se suspenda la obligación de pago de alimentos acordada en la sentencia de separación y posterior de divorcio respecto de la misma.

Efectivamente, tanto la doctrina científica como del Tribunal Supremo, han establecido que tal derecho de opción en orden al cumplimiento de la prestación no tiene carácter absoluto, debiendo excluirse cuando a ello se opongan razones de orden legal u otras que afecten a las específicas circunstancias de los interesados, subordinándose a que no exista estorbo legal ni moral para que el alimentista se traslade a casa del alimentante. Y así, partimos de que la hija siempre ha vivido con su madre a la que se otorgó la guarda y custodia, de que la misma no desea trasladarse a casa del padre, si además no se aprecian circunstancias económicas en el patrimonio del obligado que presenten un quebranto o gravamen excesivamente oneroso, perturbador o distorsionante para el mismo cumplimiento la prestación en la forma señalada en la sentencia, son circunstancias que nos llevan a determinar que no existe razón bastante justa y admisible para quebrar la prolongada convivencia materno filial que con expresa anuncia del obligado se ha mantenido durante largos años, y que ahora desautoriza su ofrecimiento de proveer *in natura* a la satisfacción de la deuda alimenticia de que tratamos, razones de todas que imponen el rechazo y desestimación del recurso que se examina.

No procede acceder a la petición del padre de prestar los alimentos en su propio domicilio. AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de mayo de 1998. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. El motivo del recurso formulado en forma subsidiaria, que tiene por objeto la apreciación de la causa de extinción de la obligación alimenticia en cuanto al hijo, por mala conducta de éste, con invocación del art. 152 del CC, debe ser referido a las disposiciones del art. 12 de la Ley de alimentos catalana, por ser el texto legal de aplicación al caso de autos, y dicho precepto únicamente contempla, en relación con la causa de mala conducta invocada, el supuesto de que el hijo estuviese incurso en alguna de

se dictará auto requiriendo al cónyuge que tiene que abandonar la vivienda para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que se establezca en la sentencia. En dicho requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias.

No entendemos que pueda ser aplicable al presente supuesto lo prevenido en el art. 704 de la LEC —«*Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan se les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más*»—, ya que este beneficio, está previsto para aquellos casos en que es el «grupo familiar» el que tiene que abandonar en pleno la vivienda.

Transcurrido el plazo señalado sin que el cónyuge haya abandonado la vivienda, se procederá de inmediato al lanzamiento.

Un problema que está surgiendo actualmente en relación con el uso de la vivienda familiar es aquel en el que el progenitor solicita al juzgado que se prive del uso de la vivienda a uno de los hijos mayores de edad que, en virtud de la sentencia matrimonial tenía también atribuido dicho uso. Las causas de esta decisión pueden ser múltiples, y en ellas no vamos a entrar en este momento, sin embargo, la cuestión que hay que resolver es el procedimiento adecuado para conseguir dicha finalidad. ¿Puede el progenitor prohibir la entrada del hijo sin decisión judicial? Entendemos que no, ya que el uso de la vivienda se concedió también al hijo. Acudir a la vía penal —denuncia por amenazas, coacciones, malos tratos, etc.— no va a solucionar el problema ya que en la mayoría de los casos el juez penal derivará la cuestión al juzgado de familia. Por lo tanto parece que corresponde al juez que dictó la sen-

las causas de desheredación especificadas en el art. 370, números 1, 2 ó 3 del Código de sucesiones y, en tal sentido, la prueba de tales circunstancias pesa sobre quien las alega, sin que de lo actuado haya quedado acreditado que el referido hijo haya realizado alguna de las actuaciones que el artículo 11 del mismo texto legal califica de «indignidad» hacia su padre, ni que le haya negado alimentos necesarios o lo haya maltratado de obra o injuriado, por lo que la mala conducta que se le atribuye no puede ser acogida, en tanto que la prosecución de los estudios del mismo, con el aprovechamiento medio exigible, no sólo ha quedado probada, sino que ha sido reconocida en confesión judicial por el recurrente.

Finalmente, tampoco es admisible la autorización de la opción que el recurrente solicitó en la instancia, y reitera ante la Sala para prestar los alimentos en su propia casa, toda vez que el derecho a tal opción también ha sido ejercitado por la madre, codemandada, que es el progenitor con quien quedaron los hijos tras la separación de sus padres, y en tal caso el art. 9.2 de la tan repetida ley 10/1996, de 29 de julio, confiere al juez la facultad discrecional de decidir, después de escuchar al alimentista y a los diferentes obligados; decisión discrecional del juzgador de instancia que, atendidas las circunstancias que concurren, ha de ser plenamente compartida por la Sala.

tencia matrimonial privar a ese hijo mayor de edad del uso de la vivienda. ¿Podrá adoptar esa decisión en fase de ejecución de sentencia o será necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas? La respuesta que han dado los tribunales se ha inclinado por la opción de exigir la presentación de una demanda de modificación de medidas²⁴.

IV. La ejecución del pronunciamiento sobre atribución de guarda y custodia

No existe en la LEC ninguna previsión para este tipo de pronunciamiento, por consiguiente, cuando en una resolución el tribunal acuerde cambiar la guarda y custodia de los hijos menores de edad a favor del

²⁴ Imposibilidad de acordar el lanzamiento de un hijo de la vivienda familiar en fase de ejecución de sentencia. **AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 30 de noviembre de 1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.** La sentencia recaída en separación de fecha 21 de febrero de 1994, entre otras cosas concedió como medidas, el uso de la vivienda conyugal a favor de los tres hijos del matrimonio, en compañía de su madre, con la que quedaban. En escrito de 15 diciembre 1998, la madre solicitó del Juzgado, que requiera al hijo mayor Juan, para que en término de ocho días abandonase el domicilio conyugal, bajo apercibimiento de procederse a su lanzamiento; petición que desestimada en providencia de 8 enero 1999 «al no ser lo pedido objeto del procedimiento de ejecución de sentencia de separación conyugal luego confirmado dicho proveído por auto de 24 febrero de 1999, desestimatorio del recurso de reposición, que apelado por la madre en base a que en el pronunciamiento de la separación se otorgaba el uso y disfrute a favor de hijos y madre «en tanto en cuanto alcance dicha convivencia» (materno-filial) que la recurrente consideró imposible con el hijo Juan, por haber incidido en conducta violenta con tercero, y con la propia madre, por cuyo motivo condenado como autor de una falta de lesiones, y como tal hijo ya es mayor de edad, entendió no cumplía el requisito de pacífica convivencia recogido en la sentencia de separación, ni ostentaba ya derecho a usar la vivienda por ser mayor de edad, por lo que debió el Juzgador atender las peticiones de tutela efectiva del derecho y protección a la Sra. Salido a la vez que dar cumplimiento a la sentencia; o al menos abrir incidente de oficio de ejecución para con audiencia del hijo, proceder, en su caso, a obligar al hijo Juan salir de la vivienda.

La petición, en sus varias alternativas, no puede ser examinada ni resuelta en el cauce de la ejecución de sentencia de separación, pues contrariamente a lo que considera la recurrente, la imposición de abandonar la vivienda familiar, no está contenida en la sentencia de separación, pues precisamente la protección de los intereses de los hijos menores es un *desideratum* legal a través del principio *favor o bonorum filii*, en sede del artículo 91 y 96 del Código civil, como titulares de uso de la vivienda familiar, en que reflejamente participa el cónyuge en cuya compañía quedan, por lo que es visto que la negación de tal derecho con la consecuent salida del hijo, aunque haya llegado a la mayoría de edad, necesita de un proceso de privación, bien declarativo, o en incidente de modificación de efectos de medidas de la separación, por cambio sustancial de circunstancias, tal como previenen los artículos 90, párrafo penúltimo, o 91 *in fine* del Código Civil, en

otro progenitor, y la parte no dé cumplimiento voluntario al mismo, a instancia del otro progenitor, el tribunal dictará auto, bien requiriendo por un breve plazo al progenitor que tiene en su poder a los hijos menores o, dependiendo de la urgencia, acordando directamente la entrega.

Hay que tener en cuenta que, en estos supuestos será aplicable lo establecido en el art. 158 del CC, es decir, el tribunal, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

Si transcurrido el requerimiento, el progenitor no entrega a los menores al otro progenitor, el tribunal procederá a la entrega empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario.

V. La ejecución del pronunciamiento sobre régimen de visitas

No se fija en la LEC las medidas que procede adoptar para dar cumplimiento al régimen de visitas y estancias que se haya establecido a favor de los hijos y del progenitor no custodio. Es más, ¿procesalmente dónde podría incardinarse esta ejecución? No parece que el capítulo II del Título V «De la ejecución por deberes de entregar cosas» se adapte a las necesidades de este pronunciamiento, entre otras razones, por que los hijos no son cosas. Ahora bien ¿Podría acudir al Capítulo III del mismo Título que regula «La ejecución por obligaciones de hacer»? Es cierto que para el cumplimiento del régimen de visitas se requieren dos acciones, una que el progenitor que tiene la custodia entregue el hijo al otro progenitor, y una segunda, que este último recoja al menor y lo devuelva una vez finalizado el plazo señalado.

A la vista de lo establecido en el art. 776,2 de la LEC, el legislador parece que ha calificado al incumplimiento del régimen de visitas como «una obligación de hacer no pecuniaria de carácter personalí-

relación con la Disposición Adicional Sexta, regla octava, y Disposición Adicional Quinta, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, pero no como ejecución de medidas de separación que no contempla tal supuesto y que sería extralimitar el contenido propio de la sentencia con infracción del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de normas constitucionales (artículo 39, 1.º, y 2 en relación con el artículo 24.2º). Consiguientemente el motivo no puede prosperar por el cauce de la ejecución de sentencia como acertadamente expresa la providencia de 8 enero 99, y auto ahora apelado.

simo» ya que, entre el resto de medidas que se adoptan en los procedimientos matrimoniales no encontramos otra que pueda conceptuarse como tal. Por consiguiente, vamos a comprobar si, las normas que se contiene en el art. 709 de la LEC pueden servirnos para dar cumplimiento al régimen de visitas. En dicho precepto, se contempla —una vez verificado el requerimiento sin éxito— la posibilidad de que el ejecutante opte:

- Entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquel un equivalente pecuniario de la prestación de hacer.
- Solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra desde la finalización del plazo.

En caso de incumplimiento del régimen de visitas, no podrá el progenitor escoger la primera opción, ya que el art. 776,2, señala que *«En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709»*. Sin embargo, resulta de plena aplicación al caso que analizamos la segunda previsión, esto es, la imposición de una multa por cada mes que transcurra sin llevarse a efecto el régimen de visitas, y es más en el citado art. 776,2º de la LEC, señala el legislador que *«podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto»*.

Por tanto, la posibilidad que ofrece la LEC ante un incumplimiento del régimen de visitas es imponer una multa al progenitor custodio. Como señala el art. 709,3º *«Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal»*. Para la cuantificación de la multa, el art. 711 de la LEC establece unos parámetros que no son equiparables a la materia que analizamos, por lo que quedará a la discreción del tribunal su determinación.

No obstante, todos sabemos que el incumplimiento del régimen de visitas depende en gran parte de la conducta del progenitor custodio, pero también influyen otros factores como la actitud de los propios hijos frente a las visitas: Cuando éstos llegan a una determinada edad, resulta complicado, tanto en matrimonios en crisis como en situaciones de normalidad, que los hijos acepten voluntariamente las decisiones de

los padres. En otras ocasiones, es la propia conducta del progenitor no custodio la que motiva que los hijos detesten las visitas y si las realizan sean de manera forzada.

El sistema de multa puede ser una solución eficaz para algunos supuestos, pero en cambio, en otros, no creemos que vaya a solucionar el problema, y es más, cuando el progenitor custodio tenga medios económicos suficientes para afrontar sin dificultad el importe de las multas, esta opción sigue sin ser eficaz para el progenitor no custodio que verá cómo transcurren las semanas y los meses sin tener contacto con sus hijos.

La solución más eficaz para dar cumplimiento al régimen de visitas y que actualmente es una realidad en algunas ciudades, es el Punto de Encuentro, es decir, un lugar neutral donde se produce la entrega y recogida de los menores. Si se presenta algún obstáculo para el cumplimiento de la visita, los profesionales que trabajan en el mismo intervienen en una función mediadora.

Por último, es necesario hacer referencia a lo establecido en el art. 776,3.^a de la LEC *«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 del régimen de guarda y visitas»*. Las consecuencias del apercibimiento que hace el legislador afectan a ambos progenitores:

- Para el progenitor custodio en cuanto a que puede desembocar en un cambio de guarda y custodia.
- Respecto al progenitor no custodio, en una limitación o suspensión de dicho régimen.

La parquedad del legislador en el texto anterior nos plantea una importante duda ¿Se trata de una medida de ejecución de sentencia o por el contrario, sólo significa un importante argumento para, en procedimiento independiente solicitar la modificación de medidas? La ubicación del precepto dentro de *«La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas»* nos induce a pensar que se trata de una medida propia de ejecución que puede adoptarse por el tribunal en esta fase, a modo de sanción por el incumplimiento del régimen de visitas. Sin embargo, por otro lado, la obligatoriedad de utilizar el procedimiento de modificación de medidas —independiente y autónomo del anterior— viene impuesta por el art. 775 de la LEC. Teniendo en cuenta que realmente no estamos en presencia de un cambio de circunstancias, sino de una sanción ante un incumplimiento de un pronunciamiento de la sentencia, lo lógico será incardinarla en la fase de ejecución.