

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA POR CAMBIO SOBREVENIDO EN LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES

Por: D. José Ramón de Verda y Beamonte,
Catedrático de Derecho civil de la Universidad
de Valencia.

■ ¿Procede la
ejecución provisional
de la pensión
compensatoria?

■ Pensión de alimentos
fijada por el juez de
familia en el concurso
del progenitor deudor
de ella.

■ Abogados S.XXI
Cómo mejorar la calidad
de tu servicio.

LA IMPORTANCIA DE LA FORMACIÓN PLURIDISCIPLINAR DEL ABOGADO DE FAMILIA

A menudo la función del abogado que interviene en el procedimiento de familia excede del ámbito puramente jurídico, pues no debe perderse de vista la especial materia que trata, que propicia la mixtura de pretensiones personales y económicas con sentimientos y emociones, que además están a flor de piel; así como el interés de unos menores por los que hay que velar. Y por ello con frecuencia en nuestros despachos nos quitamos momentáneamente la toga para dar algunos consejos con cierto componente más psicológico, pedagógico, fiscalista... que legal, para finalmente detectar si es necesaria la intervención de alguno de estos profesionales.

El día a día del abogado es un constante aprendizaje de leyes, criterios jurisprudenciales, doctrinales... Pero el del abogado de familia soporta un plus multidisciplinar pues exige estar preparado para saber cuáles son las necesidades de nuestros clientes que en ocasiones van más allá de aquellos conocimientos.

Por eso **es fundamental compartir opiniones e intercambiar experiencias con todos los profesionales que deberían intervenir cuando se produce una crisis familiar**, ya sean también del ámbito jurídico (letrados, jueces, fiscales...) ya sean terapeutas (psicólogos, pedagogos...), miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o expertos en cualquier otra especialidad; pues podemos

aprender los unos de los otros y con ello facilitar a quienes como partes o afectados se ven abocados a afrontar un procedimiento judicial de este tipo, con la finalidad de que les resulte lo menos traumática posible.

Por dichas razones desde la Sección de Familia y Sucesiones **tratamos de brindar a los miembros de esta Sección una completa formación que nos permita evolucionar como abogados de familia**, fomentando la cooperación recíproca con todos estos profesionales, abriendo nuestras puertas para recibirlos, escucharlos y aprender con ellos.



Julia Utrillas
Vocal Sección de Dº de Familia ICAV

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 5 Enero 2019

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Plaza Tetuán 16- 46003 Valencia Tel. 96 3942887 E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín [Colaboradores] María Dolores Hernández, Andrea Sevillano Álvarez, Mar Selma, Paula Crespo Agudo, José Ramón de Verda y Beamonte, Eva Ortiz Vicioso, Saturnino Solano, Joaquín Fuertes Lalaguna, María Jesús Romero Bella, Julia Valcárcel Rodríguez, Blanca Salinas Cantó, Vicente Escribano Barberá, Rosario Sevillano Álvarez, Paula Grau Belda, Julia Claudia Utrillas Borrell, Carlos Gimeno Tormos [Imágenes] por Creative Commons

[Diseño y Maquetación] Comunicación Desarrollo www.comunicaciondesarrollo.com

E-mail: hola@comunicaciondesarrollo.com ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación "FAMILIA y SUCESIONES ICAV" pertenecen exclusivamente a sus autores.

04 Ineficacia de una disposición testamentaria por cambio sobrevenido en las circunstancias familiares

10 Foro Debate.
¿Procede la ejecución provisional de la pensión compensatoria?

18 Abogados del S.XXI:
Consejos para mejorar la calidad de tu servicio

20 Análisis Sentencia
Pensión de alimentos fijada por el juez de familia en el concurso del progenitor deudor de ella

24 Life:
Gestaltar y su legado patrimonial, cultural y natural

INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA POR CAMBIO SOBREVENIDO EN LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES

El TS considera ineficaz la disposición testamentaria en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era cónyuge, ni pareja del testador, por haberse disuelto el matrimonio y extinguida la unión de hecho, mediante una aplicación analógica del art. 767 CC.

Para ello requiere que el beneficiario por la disposición fuese designado, además de por sus nombres y apellidos, por su relación familiar con el causante.

1. Un problema que a veces se plantea en la práctica es el provocado por la circunstancia de que, al tiempo de la apertura de la sucesión, el instituido heredero o nombrado legatario ya no mantiene una relación familiar con el testador. No habría ninguna duda acerca de cuál habría de ser la solución, si el causante hubiera condicionado la institución de heredero o el legado a la persistencia de la relación familiar en el momento de su muerte o, si rota esta, hubiese revocado su

testamento, pero la experiencia enseña que esto no siempre tiene lugar. Cuando no hace ninguna de estas dos cosas, se produce un problema interpretativo de su voluntad: ¿hubiera querido que quien al tiempo de otorgar testamento era su cónyuge o conviviente *more uxorio* conservase los derechos hereditarios que en tal testamento le atribuyó, si posteriormente el matrimonio

se hubiera disuelto por divorcio o si la unión de hecho se hubiese extinguido?

Afirmar la validez de la institución hereditaria o del legado, con el simple argumento de que el causante pudo revocar el testamento y no lo hizo, produce honda insatisfacción, pues se concilia mal con la regla de que la voluntad del causante es la ley de la sucesión, y no parece que la voluntad hipotética de un testador ordinario sea seguir beneficiando a quien sobrevinidamente resulta ser un extraño. Sin embargo, considerar que la institución de heredero o el legado es ineficaz, argumentando que, de haber sabido el causante que el instituido o el legatario no sería ya su cónyuge o conviviente *more uxorio*, aquél no le habría llamado a sucederle, choca con otra regla, cual es la de que la única voluntad relevante para ordenar la sucesión *mortis causa* de una persona es la expresada en su testamento.

El Código civil no regula la cuestión, a diferencia de los que acontece en el BGB, cuyo parágrafo 2071.1, sanciona la ineficacia de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge del testador en el caso de que el matrimonio se hubiese disuelto antes de la muerte de aquél; y lo mismo si, al tiempo de su fallecimiento, se cumplían los requisitos para el divorcio y el testador lo había solicitado o lo había consentido; así como, si el fallecido, en el momento de su muerte, tenía derecho a solicitar la anulación del matrimonio y había presentado la petición.

2. El problema, en cambio, está resuelto en algunos Derechos civiles especiales, en los que se establece la ineficacia sobrevinida de la disposición testamentaria, basándose en la presumible intención de quien la otorgó, a no ser que se pruebe que, en el caso concreto, la voluntad del testador fue otra. Así, **el art. 422-13 del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña regula la “Ineficacia sobrevinida por crisis matrimonial o de convivencia” en los siguientes términos:**

1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.

2. Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la unión por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.

3. Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2”.

Por su parte, el art. 438 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que “Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin”.

También el art. 208 de Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, establece que, “Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges”.

Por último, si bien relación, exclusivamente, al testamento de hermandad otorgado por marido y mujer, la Ley 201 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, prevé que “la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro”.



José Ramón de Verda y Beamonte,
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad de Valencia.

3. El Código civil –como he dicho– no regula la cuestión que nos ocupa, si bien la STS núm. 1197/1997, de 29 de diciembre, rec. nº 3178/1993, consideró eficaz la sustitución fideicomisaria establecida en favor de la esposa del primer fideicomisario (identificada por sus nombre y apellidos y por su condición de cónyuge de aquél), a pesar de que la misma estaba divorciada al tiempo en que había de suceder al fideicomitente, el cual, al tiempo de otorgar el testamento, sabía que ya estaba separada del anterior fideicomisario.

Afirma que “Siendo el testamento un negocio jurídico mortis causa, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte.

El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar

en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo”.

En el caso concreto, considera que “Es absurdo lo que dice la sentencia recurrida de que no la hubiera nombrado heredero de haber conocido los hechos – posteriores a la muerte del testador– que motivaron el divorcio; es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que era tal esposa a la muerte del testador; es contrario al artículo 675 del Código civil que se interprete el testamento por hechos posteriores no sólo al mismo, sino también a la muerte del testador”.

4. No obstante, la jurisprudencia de instancia no es unánime sobre la materia.

Algunos fallos siguen la tesis expuesta por la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada, negando que el cambio sobrevenido de circunstancias familiares pueda determinar la ineficacia de una disposición testamentaria, que, pudiéndose haber revocado, no se revocó.

Es el caso de la SAP Madrid (Sección 19ª) núm. 144/2013, de 15 de abril, rec. nº 1012/2012; o de la SAP Madrid (Sección 20ª) de 13 de diciembre de 2013, rec. nº 188/2012; como también, más recientemente, de la SAP Madrid (Sección 8ª) 99/2017, de 9 de marzo, rec. nº 884/2016, que se pronunció en favor de la eficacia del legado de usufructo universal ordenado en favor de la que en el momento de la apertura de la sucesión estaba legalmente separada del testador: **en este supuesto, desde la separación del matrimonio a la muerte del causante habían transcurrido catorce años, sin que en este lapso de tiempo se hubiera revocado el testamento; el causante, después de la separación, había designado a su mujer como beneficiaria de un seguro de vida; y existían indicios de que, al final de la vida del testador, su mujer lo había cuidado.**

Por el contrario, otras sentencias han seguido la tesis contraria. Es el caso de la emblemática SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 800/1999, de 13 de diciembre, rec. nº 643/1998, que, aplicando el art. 767 CC, considera ineficaz la institución de heredero universal en favor de quien al tiempo de la muerte del causante ya no era cónyuge suyo, por hallarse divorciada. Dice, así: **“el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y**

esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz”.

La SAP Granada (Sección 5ª) 262/2010, de 11 de junio, rec. nº 54/2010, consideró también ineficaz el legado de usufructo universal en favor de la mujer, legalmente separada en el momento de la apertura de la sucesión, resolviendo la cuestión “por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética” del testador, tras constatar la inexistencia de “normas que determinen los efectos per se de una ineficacia sobrevenida”. Observa que, “Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevenida”.

5. El Tribunal Supremo ha fijado doctrina en dos recientes fallos, en los cuales ha aplicado analógicamente el art. 767 CC para declarar la ineficacia del testamento en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era cónyuge o conviviente de hecho del testador.

a) La STS núm. 539/2018, de 28 de septiembre, rec. nº 811/2016, revocando la sentencia recurrida (que, precisamente, era de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 20 de enero de 2016, rollo 609/2015) ha declarado, así, la ineficacia del testamento otorgado en favor de quien al tiempo de la apertura de la sucesión ya no era cónyuge del testador, por haberse disuelto el matrimonio por divorcio.

En ella se afirma que, “A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.I CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. **Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz**”.

Respecto del caso concreto por ella enjuiciado, en el que la testadora había instituido heredero “a su esposo D. Esteban”, entiende que el empleo del término “esposo”, “para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial

existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término esposo revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión”.

b) La STS núm. 531/2018, de 26 de septiembre, rec. nº 162/2016, aplica la misma doctrina, confirmando, esta vez, la sentencia recurrida, para declarar la ineficacia del testamento en favor de quien en el momento de la apertura de la sucesión ya no era conviviente de hecho del testador, por haberse extinguido la convivencia more uxorio.

En este caso, el causante había otorgado testamento en el que disponía de un legado a favor de “su pareja Doña Cecilia”. Se considera también que “El empleo de la expresión su pareja para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a su pareja revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, “sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento -lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado-, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión”.

6. La solución a la que llegan las sentencias puede ser justa, pero es discutible la aplicación, aunque sea por analogía, del art. 767 CC, según el cual “La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”.

Este precepto es interpretado por la doctrina dominante como un supuesto de error, entendiendo que la expresión “causa falsa” se refiere a un “error-vicio”, es decir, a una falsa representación mental de la realidad (en el momento de la conclusión del negocio jurídico) sobre la causa determinante de la disposición testamentaria, que vicia la voluntad del testador y, en consecuencia, provoca su invalidez. Sin embargo, en el supuesto resuelto por las sentencias no hay una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento del legatario: el heredero y la legataria eran, respectivamente, cónyuge y conviviente more uxorio al tiempo del fallecimiento del causante (el testador no yerra sobre estos extremos); lo que existió es un error de previsión sobre circunstancias sobrevenidas, que sólo de manera forzada puede ser considerado una situación análoga a la prevista en el art. 767 CC: en definitiva, no son casos de causa falsa o de error-vicio, sino supuestos reconducibles a la teoría de la presuposición.

La teoría de la presuposición lleva a predicar la ineficacia de la declaración de la voluntad, cuando fuera evidente que el declarante no habría querido lo manifestado, de haber conocido un cambio sobrevenido de circunstancias, bajo cuyo presupuesto se hubiera formado su voluntad, las cuales no hubiera previsto razonablemente al tiempo de declararla. Es evidente que, **si en algún ámbito puede aplicarse dicha teoría, éste es, precisamente, el de la interpretación de la voluntad del testamento, en tanto negocio jurídico unilateral, que, a diferencia del contrato, no mira a la composición de intereses contrapuestos, razón por la cual la voluntad del testador es la ley de la sucesión**.

Repárese en que encuadrar el supuesto de hecho en el art. 767 CC tiene consecuencias indeseables. Según común interpretación, la exigencia de que “del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa” debe entenderse en el sentido de que el motivo de la disposición se halle incorporado o se deduzca inequívocamente del testamento.

Esto explica que en el supuesto que nos ocupa el Tribunal Supremo lleve a aplicar el precepto, exclusivamente, cuando al nombre del beneficiario por la disposición testamentaria se le añade la condición de cónyuge o de compañero sentimental del testador.

¿Qué pasaría entonces, si no se hubiera hecho constar esta condición? ¿Sería justo que no se pudiera atacar la eficacia de la disposición, por este mero hecho, si el matrimonio o la convivencia se hubiera roto años antes de la muerte del testador y se pudiera demostrar que éste no mantenía relación alguna con su antiguo cónyuge o conviviente en el momento de su fallecimiento? No lo parece, porque esta solución no sería conforme a lo que cabe esperar que sea la voluntad hipotética de un testador ordinario.

A la inversa: ¿Qué sucedería si se hubiera hecho constar la condición de cónyuge o de compañero sentimental del testador, pero este, a pesar de la extinción de la relación familiar, hubiera mantenido una relación amistosa con aquel, que (como acontecía en una de las sentencias de instancia antes referida) le hubiera llevado, por ejemplo, a nombrarlo beneficiario de un seguro de vida o a ser atendido por él durante la enfermedad que le llevaría a la muerte? No me parecería razonable considerar que en este caso hubiera que tener por ineficaz la disposición testamentaria.

En definitiva, puestos a innovar, aplicando soluciones que carecen de apoyo legal expreso, me parece mucho más prudente acudir a una interpretación de la voluntad testamentaria, de acuerdo con la intención común de un testador ordinario, que, en general, cuando otorga una disposición en favor de un cónyuge o de un conviviente de hecho, lo hace bajo el presupuesto de que dicha relación familiar subsista el tiempo de su fallecimiento; y ello, con independencia de que identifique, o no, al beneficiario por la relación que con él mantiene en ese momento, a través de una cláusula que suele ser de estilo. Bien entendido que dicha presuposición debe ser contrastada con un examen de las circunstancias del caso concreto, para lo cual resulta pertinente analizar los actos del causante coetáneos y posteriores al otorgamiento del testamento: no debe olvidarse que, una vez admitido los medios de interpretación extrínsecos, no plantea ningún problema la aplicación del art. 1283 CC como complemento del art. 675 CC.

*¿Procede la
ejecución provisional
de la pensión
compensatoria?*



ALEJANDRA DOMINGO SANTOLAYA

ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA

MIEMBRO DE LA AEAFA

Se discute por la doctrina si la ejecución de la medida que acuerda la pensión compensatoria se debe solicitar por los trámites de la ejecución provisional, o puede incluirse en una ejecución definitiva, ordinaria o generalizada y previa a la firmeza de la sentencia del artículo 774.5 de la LEC, porque en el apartado cuarto del citado artículo, sólo se hace referencia a las medidas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico las cautelas con garantías respectivas, sin mención expresa a la pensión compensatoria.

Nuestra Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia se decanta por la misma postura que la mayoría de la jurisprudencia menor, y se hace eco del razonamiento expuesto a modo de ejemplo en la Sentencia número 4/2006 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de enero de 2006 que establece: "Se plantea en el recurso la interesante cuestión sobre la posible contradicción entre los artículos 525.1 y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de ellos, ubicado dentro de las normas generales de la ejecución forzosa, establece que no podrá despacharse ejecución provisional en las sentencias dictadas en procesos de paternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regule las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso. Por su parte el artículo 774.5, sistemáticamente situado dentro de los procesos matrimoniales, señala que los recursos que conforme a la ley se interpongan contra la sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubiesen acordado. El auto recurrido considera que es posible ejecutar

las medidas acordadas por prevalecer el contenido del artículo 774.5 como norma especial frente a la norma general del artículo 525.1."

Esta tesis mantiene que en definitiva, y a los efectos de ejecución en el ámbito del derecho matrimonial se pueden distinguir los siguientes supuestos, de acuerdo con una interpretación sistemática de la Ley Enjuiciamiento Civil:

1.- Es inejecutable provisionalmente la declaración de nulidad, separación o divorcio de conformidad con los artículos 524.2, 525.1.1º y 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no contener un pronunciamiento de condena.

2.- Las medidas definitivas de carácter indisponible a las que se refiere el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son ejecutables provisionalmente, sino que de conformidad con el artículo 774.5 tienen eficacia directa tras su adopción en la sentencia, sustituyendo por imperativo legal a las medidas provisionales o las medidas definitivas anteriores que son sustituidas en un procedimiento de modificación de medidas, por lo que son directamente ejecutables con independencia de que sea o no recurrida en apelación la sentencia dictada.

3.- El resto de las medidas que se adopten, será posible su ejecución provisional al amparo del artículo 525.1. 1º si tienen contenido patrimonial (pensión por alimentos, pensión compensatoria, liquidación de la sociedad de gananciales) y sólo para el caso de que la sentencia contenga alguna medida de carácter disponible y sin contenido patrimonial, será aplicable la prohibición de ejecución provisional que contiene el artículo 525.1.1º.

Esta fue la conclusión del Seminario del Consejo General del Poder Judicial ya en el año 2008, entendiendo que las medidas "ius cogens" no permiten la ejecución provisional y, sin embargo, las medidas basadas en el principio dispositivo sí pueden ejecutarse provisionalmente. Asimismo fue una de las conclusiones del IV encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia celebrada en Valencia en octubre de 2009.

En defensa de esta tesis destacamos también: Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 10ª) de 14 de julio de 2017, Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Secc.1ª) de 21 de septiembre de 2017, Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Secc. 6ª) de 8 de noviembre de 2017, Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca (Secc. 1ª) de 12 de diciembre de 2017, Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón del 11 de enero de 2012, Sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de noviembre y 27 de marzo de 2011, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 9 de mayo de 2007, Auto de la Audiencia Provincial de Cartagena (Secc. 5ª) de 10 de enero de 2010, Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de enero de 2006, el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 2 de abril de 2002.

Por otra parte, MAGRO SERVET se decanta por entender aplicable el régimen de los trámites de la ejecución ordinaria regulada en los artículos 538 y siguientes por cuanto considera que el artículo 774.5 LEC establece la ejecutividad inmediata de las medidas que se hayan adoptado sin que tenga ninguna eficacia suspensiva la interposición de un recurso de apelación frente a la sentencia dictada: ello significa que para llevar a efecto las medidas acordadas no es necesaria ejecución provisional, sino ordinaria, y ello con independencia de que se trate de medidas patrimoniales o no. Es decir, para la pensión compensatoria no sería necesario acudir a la ejecución provisional.

Sin embargo, existe una jurisprudencia minoritaria que defiende que solo es aplicable el artículo 774.5 a determinadas medidas, entre las que no está incluida la pensión compensatoria, pues no se refiere a ella expresamente el apartado cuarto del citado artículo. Por lo que **la pensión compensatoria debería ejecutarse provisionalmente siempre.** En defensa de esta tesis, destacamos: Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de fechas 12 de junio de 2006 y 24 junio de 2006 y 24 de enero de 2007, Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 4 de julio de 200, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 29 de diciembre de 2003.

Por lo tanto, si nos permite a la jurisprudencia poder elegir cómo ejecutar la pensión compensatoria, veamos las ventajas e inconvenientes entre una ejecución provisional y una ordinaria, pues mientras en ejecución provisional los motivos de oposición son muy tasados y por lo tanto dejamos poco margen al contrario para oponerse a nuestra ejecución, en la ejecución ordinaria sí que cabría la oposición por motivos de fondo, y por lo tanto, se podría argumentar de contrario y solicitar que en el caso de que se reduzca o se considere que no procede una pensión compensatoria por parte de la sentencia de apelación se establezca si se debe devolver lo pagado de más y desde cuándo.

Podemos concluir, por lo tanto, que para el caso de que se tenga que ejecutar la pensión compensatoria junto con otras medidas, deberíamos acudir por economía procesal a una ejecución ordinaria, pues el resto de medidas no podrán ser ejecutadas provisionalmente. Sin embargo, si debemos ejecutar únicamente la pensión compensatoria, podemos arriesgarnos a instar una ejecución provisional, a los efectos de poder reducir al máximo los motivos de oposición que puedan ser alegados de contrario, y obtener de esta forma, una mayor ventaja procesal.



PABLO MARÍN ORENCA
 ABOGADO DE FAMILIA
 LICENCIADO EN PERIODISMO
 ALIAGA ABOGADOS

Antes de entrar a abordar la ejecución provisional de la pensión compensatoria cuestión que, cuanto menos desde el encaje procesal genera mucha controversia por la ausencia de criterios unánimes, debemos plantearnos:

¿Cabe la ejecución provisional en el ámbito del Derecho de Familia?

La respuesta es sí. Aunque he de matizar que, no es un sí rotundo, sino que contamos con excepciones que variarán, en función de las medidas (carácter disponible o indisponible) que vamos a reclamar vía ejecución, así como la estrategia procesal que queramos plantear a nuestros clientes siempre, en función de sus intereses y postura procesal, no perdiendo de vista la seguridad jurídica que es el fin a la que todo profesional del Derecho debe contribuir.

Dicho lo cual, con independencia de que la cuestión sigue suscitando numerosos debates entre los especialistas en dicha materia, la doctrina y Jurisprudencia, lejos de facilitarnos una respuesta contundente y clara dada la contradicción que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 525 (norma general) y 774.5 (que parte de la base de que las medidas dictadas en sede de familia son efectivas desde que son dictadas, con independencia de ulterior recurso, norma especial), parece inclinarse por la posibilidad de ejecutar provisionalmente en Derecho de Familia únicamente aquellas materias, que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales entre los litigantes y, la pensión compensatoria recordemos, es una de ellas.

Con independencia de que, para el resto de las materias sobre las que el Juzgado deba pronunciarse de oficio, esto es, medidas en relación con los hijos, la vivienda familiar,

las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, podemos acudir a la ejecución forzosa regulada en los artículos 538 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Partiendo de lo anterior, el hecho de que se incluya la vía de la ejecución provisional para reclamar la pensión compensatoria, no excluye taxativamente que podamos acudir igualmente a la ejecución forzosa, pues la mayor parte de la jurisprudencia menor, acoge dicha opción como una "posibilidad" y toda posibilidad por definición conlleva otra opción. Todo ello, teniendo en cuenta que, la norma específica del 774 LEC (que prevalece frente a la norma general del 525 LEC) no incluye la pensión compensatoria como medida que con carácter imperativo ha de establecerse en Sentencia. No obstante, dicha medida sí que queda recogida expresamente en el artículo 90 del Código Civil, como una de las posibles medidas a fijar en un procedimiento de Divorcio de mutuo acuerdo, motivo por el cual entendería que sí podríamos también, acudir a la vía de la ejecución forzosa, pues recordemos que la mayoría de la Jurisprudencia menor, recoge la vía de la ejecución provisional como una posibilidad.

Ahora bien, teniendo en consideración que en la práctica podemos instar la ejecución, defendiendo y amparando jurídicamente ambos cauces procesales;

¿Qué consecuencias conllevaría para las partes en el supuesto de que en segunda instancia se aminorara la cuantía de la pensión compensatoria o directamente se revocara su fijación?

Desde mi punto de vista, y en aras a defender la posibilidad de ejecutar provisionalmente la pensión compensatoria fijada en Sentencia y contribuir a la seguridad jurídica que en el ámbito jurídico debe prevalecer,

nos encontramos con el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que para el supuesto en el que se aminorara o revocara dicha obligación de pago, prevé que, el beneficiario en primera instancia de la pensión compensatoria, proceda a devolver y restituir todas aquellas cantidades que hubiera percibido, lo cual no resulta baladí en el ámbito de la pensión compensatoria pues las cuantías percibidas y dada su naturaleza jurídica, no se entienden consumidas a diferencia de la pensión de alimentos.

Esta postura, negaría el entender la pensión compensatoria fijada en primera Instancia como definitiva pero, contribuiría a una mayor seguridad jurídica, tras la posibilidad de que ante cualquier modificación futura de la cuantía, se pudiera recuperar las cuantías que por los motivos que fueren, no quedaron justificadas en el juicio de primera instancia y partiendo de la base y principio común de que toda Sentencia, tiene eficacia desde que es dictada con independencia de la medida (disponible o no) que establezca en su fallo.

El acudir únicamente al trámite de ejecución forzosa, manteniendo la pensión compensatoria como medida definitiva, con independencia del ulterior recurso negándose la ejecución provisional tras el impago de la pensión compensatoria, nos negaría la posibilidad de aplicar el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el cual, y tras una hipotética modificación a la baja o extinción en segunda instancia de la pensión compensatoria, nos permitiría exigir la devolución de las cuantías e intereses de dicha pensión compensatoria. Dicho artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no podría aplicarse, y sin lugar a duda, nos complicaría el recuperar dichas cuantías excesivamente pagadas. Situación que en cualquier caso, beneficiaría (provisionalmente, eso sí) a la parte que ha sido acreedora de una cantidad superior fijada en la Sentencia de primera instancia, pero, perjudicaría los principios de Justicia material práctica.

En relación a este punto y en aras a evitar precisamente dicho perjuicio que se pudiera ocasionar, existe Jurisprudencia que solventa el inconveniente planteado, como el Auto nº 152/2017 de fecha 21/9/2017

dictado por la Audiencia Provincial de Asturias que establece que, por razones de orden práctico y por economía procesal, sería posible extender la aplicación del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a dicha ejecución forzosa, "acudiendo a una interpretación de las normas alejadas de formalismos y acorde con las exigencias del principio de tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución española". Desde mi punto de vista, todo un acierto que contribuye, ya no sólo a los principios de seguridad jurídica sino a evitar toda instrumentalización de un procedimiento de ejecución dineraria, así como evitar posibles y ulteriores incidentes por enriquecimiento injusto en alguno de los progenitores, así como la posibilidad de incurrir en delito de apropiación indebida, devoluciones de cantidades, y toda una serie de vicisitudes procesales que pudieran surgir que, en el ámbito de una crisis matrimonial propia del Derecho de Familia, en ningún caso beneficiaría ni a las partes, ni consecuentemente a los profesionales que le asisten.

En definitiva, desde mi punto de vista y con base a todo lo anterior, siguiendo el criterio mayoritario de la Jurisprudencia menor, **cabe defender como más garantista la ejecución provisional de la pensión compensatoria conforme al 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite en todo caso, y atendiendo a la naturaleza no consumible de dicha pensión, la posibilidad tras la aminoración o revocación en segunda instancia, la utilización de herramientas procesales, que permitan reintegrar el derecho de ambas partes, alejando toda posibilidad de enriquecimiento injusto, ni de incrementar la tensión de las partes, así como velar en todo momento por la seguridad jurídica y la respuesta efectiva a los problemas de los justiciables, no incrementándolos, generando situaciones procesales que no tienden a contribuir a la labor de Justicia.**



MERCEDES GARCÍA-VILANOVA
COMAS

ABOGADO. COL. ICAV N° 4.045

¿Cabe la ejecución provisional de la pensión compensatoria del artículo 97 y siguientes del Código Civil, al amparo del artículo 525.11ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o le es aplicable el artículo 774.5 de este mismo texto legal?

El artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre Medidas Definitivas establece en su apartado 5 que "los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Secretario Judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio", es decir, que los recursos que se interpongan en estas materias no suspenden la eficacia de las medidas que se hayan acordado. Entre estas medidas, indudablemente, se encuentra la pensión compensatoria. Por tanto, las medidas que se fijen en sentencia de nulidad, separación o divorcio, son eficaces desde que se dicta dicha resolución, teniendo el recurso únicamente efecto devolutivo, y no se ejecutan provisionalmente,

sino que se debe instar la ejecución definitiva por los trámites de la ejecución ordinaria regulada en el art. 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Hoy en día la respuesta jurisprudencial y doctrinal es prácticamente unánime, habiendo superado ya las controversias suscitadas en su momento en cuanto a la ejecución provisional de la pensión compensatoria, coincidiendo en todos los ámbitos que la misma es parte de las medidas acordadas en la resolución y por tanto, es de aplicación el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, por otra parte, se trata de un precepto más específico que el 525 al estar regulando aspectos directamente relacionados con la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio.

Por tanto, la respuesta a la cuestión planteada solo podría ser en sentido negativo: No cabe la ejecución provisional de la pensión compensatoria.

Dos cuestiones añadiría en relación con esa ejecución:

En primer lugar en cuanto al efecto retroactivo. **La sentencia dictada en segunda instancia o casación deberá establecer expresamente si tiene efecto retroactivo** pues, en caso de no hacerlo, debemos interpretar que no lo tiene y que, por ende, no procede la devolución de las cantidades abonadas desde la sentencia de instancia, ni la reclamación de intereses, las costas y los daños y perjuicios que pudieran haberse causado (Sentencia de AP de Vizcaya, de 27 de marzo de 2011 o Sentencia de AP de Castellón de 11 de enero de 2012).

Recordemos, en ese sentido, el criterio que mantiene el Tribunal Supremo en materia de irretroactividad de las resoluciones judiciales y, en ese sentido, por ejemplo, la conocida por todos en materia de pensión de alimentos STS 162/2014, de 26 marzo (Sala Primera, de lo Civil) que fija como doctrina que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente".

Es muy deseable que las resoluciones judiciales determinen esa cuestión con claridad y que, ante la duda, las partes en el proceso que se sientan perjudicadas por la posible imprecisión de la resolución, planteen la aclaración de la sentencia para determinar el alcance de la misma en cuanto al posible efecto retroactivo. Personalmente instaría a los jueces y magistrados a ser generosos en la aclaración de las resoluciones si con eso ayudan al justiciable a comprender el sentido de la resolución. Harían más cercana la justicia y evitarían muchos procedimientos de ejecución.

En segundo lugar merece comentario aparte los casos en que la pensión compensatoria no se materializa como pago periódico, sino que se capitaliza bien con la entrega de una cantidad alzada, con la entrega de bienes, etc .. o incluso cuando hablamos de la indemnización del artículo 1.438 del Código Civil. Para estos pronunciamientos, sin que exista ciertamente un criterio unánime, entiendo que sí procedería la ejecución provisional y que serían de aplicación el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguientes y concordantes.



CONSEJOS QUE TE PUEDEN AYUDAR A MEJORAR LA CALIDAD DE TU SERVICIO

1.- Adaptabilidad

Si solo ejerces para ganar dinero te perderás la parte mejor de tu trabajo: la satisfacción de dar a cambio de nada. Adáptate a las posibilidades y necesidades de tus clientes. Fraccionando el presupuesto trabajarás más y cobrarás tu trabajo.

2.-Utilidad

No te esperes a que el cliente tenga un problema, procura aportar valor a su negocio: anticipáte. Llámale, queda con él para hablar y proponerle ideas que mejoren su negocio. Crear ese vínculo hará que te consulte para crecer, en lugar de consultar solo ante el problema.

3.- Durabilidad

El negocio del abogado no debe atarse a un solo asunto, sino a la vida del cliente y a sus proyectos. Con la confianza lograrás que te cuenten sus ilusiones, sus anhelos.

Si te limitas a darles una palmadita deseándoles mucha suerte al finalizar el asunto, cuando tengan otro problema, se buscará otro abogado. Si le aportas valor a su proyecto, no te faltará trabajo y crecerás con tu cliente, en lugar de resolver sus conflictos.

4.-Estética

La estética es importante en todos los aspectos del abogado. Pero no se trata solo de comprarte modelitos para ir al juzgado.

La estética empieza por el orden en tu vida y llega hasta el orden en tus expedientes. La estética en tus maneras, en tu comportamiento.

Recuerda que la elegancia es la armonía que existe entre los sentimientos del alma y las maneras del cuerpo.

Siempre es útil este consejo: La espontaneidad es la mejor aliada. Tan malo es descuidar tu imagen, como suplir la ignorancia con la apariencia. Tu imagen debe corresponder a una realidad, de lo contrario convertirás tu imagen en una mentira. La estética debe estar también al servicio de tu cliente, pero comienza por dentro: Comprender sin rechazar, serenar con la palabra y la prudencia en tu consejo. Ilusionar, dando valor a sus proyectos.

5.-Prestigio

En nuestra profesión el prestigio te lo labras tú cada día. No lo dan las sentencias ganadas, ni los años de ejercicio, sino la profesionalidad: Honestidad en tus planteamientos, prudencia en el consejo y la serenidad en las formas.



SATURNINO SOLANO
ABOGADO
Saturninosolano.com

6.- Dar

Sí, dar. Dar a cambio de nada. Es el secreto de la felicidad. Ten presente que no se puede dar lo que no se tiene. Si te llenas de miedo y de angustia, repartirás eso: temor y ansiedad.

Dar a cambio de nada, es un acto de afecto y de amor a los otros que siempre trae un regalo: La paz interior, la satisfacción de saber que, por fin, hay armonía entre lo que haces y lo que debes hacer. Te ayudará a alcanzar ese estadio superior y diferente, entre las cosas del mundo y los sentimientos del alma. No lo dudes, dar no cuesta dinero, sobre todo si el que te das, eres tú.



LA PENSIÓN DE ALIMENTOS FIJADA POR EL JUEZ DE FAMILIA EN EL CONCURSO DEL PROGENITOR DEUDOR DE ELLA

1.- Introducción.

Planteamiento de la cuestión controvertida. La posibilidad de acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (2ª oportunidad) ha dado lugar a la presentación de una importante cantidad de concursos de personas físicas.

Ocurre con frecuencia que los solicitantes de la declaración de su concurso son deudores de una pensión de alimentos impuesta por una resolución judicial adoptada por un Juzgado de Familia o que, durante la tramitación del concurso, se dicta esta resolución. Cada día más, se observa la utilización de los procesos de familia como estrategia para conservar el patrimonio en el ámbito de un concurso. Y, también, la utilización de los procesos concursales para evitar el pago de las

pensiones impuestas por una resolución de familia.

El tratamiento que la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en adelante LC) da a los alimentos no es, ni mucho menos, sistemático. Todo lo contrario, se puede describir como disperso y contradictorio. Ello ha dado lugar a una importante confusión en su aplicación y a importantes discrepancias en la doctrina y la jurisprudencia. El presente artículo pretende dar una visión personal de su interpretación, sin perjuicio de reconocer la diversidad doctrinal en la materia.

Ello permitirá conocer cómo se reconocerá y clasificará en el concurso al crédito por la pensión de alimentos y, por ello, cómo, cuándo y a quién se podrá solicitar el pago de la pensión.



JORGE DE LA RÚA NAVARRO.
MAGISTRADO. MAGISTRADO ESPECIALISTA EN LOS ASUNTOS DE LO MERCANTIL, CGPJ.

2.- Competencia

para conocer de un procedimiento de familia (Título I del Libro IV LEC) mientras se está tramitando el concurso.

La primera cuestión problemática que se suscita es la relativa a quién es el juez competente para la fijación y cuantificación de la pensión de alimentos cuando el progenitor respecto del que se piden está en situación de concurso.

El artículo 8 LC (coincidente con el artículo 86 ter.1º de la LOPJ) atribuye al Juez del concurso el conocimiento de todas las acciones civiles que tengan trascendencia patrimonial y que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Pero, establece una excepción: “con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Por tanto, aunque haya una situación de concurso de un progenitor, el juez competente –y, por tanto, a quien se deberá dirigir la demanda para la petición de la pensión de alimentos– para conocer de los procesos de familia en que imponer una pensión de alimentos será el correspondiente Juez de Primera Instancia que tenga asignadas, por norma de reparto, las competencias en materia de familia.

Genera dudas sobre esta conclusión el artículo 47.1 LC cuando dice que “El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.

Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos”.

Sin embargo, tales dudas se deben solucionar sobre la conclusión de que los alimentos que permite el citado precepto 47.1 LC se refieren a los que se pueden acordar para sus descendientes bajo su potestad cuando concurre una situación de necesidad durante la tramitación del concurso pero no hay una situación de crisis familiar (por ejemplo, cuando el concursado no quiere divorciarse de su esposa pero necesita que la masa activa del concurso satisfaga los alimentos de sus hijos por encontrarse en situación de necesidad. Art. 142 CC) *1

3.-Intervención

de la Administración Concursal en el proceso de familia. La cuestión problemática que se plantea es la de si resulta o no necesaria la intervención del Administrador Concursal en el proceso de familia ante el Juez de Familia.

A mi entender, la cuestión está resuelta en el artículo 54.1 y 2 LC. Si el concursado es quien pretende presentar la demanda, al peticionarse o ser previsible la imposición al concursado de una pensión de alimentos, se

trata de una “materia litigiosa [que puede] pueda afectar a su patrimonio” o que “puedan afectar a su patrimonio”. No obstante, se trata de una acción personal (pues no se reclama únicamente la imposición de una pensión de alimentos sino también, el divorcio, separación, nulidad, filiación, etc). Por ello, la demanda la debe de presentar el deudor pero “precisará la conformidad de los administradores concursales”. Idéntica solución se debe concluir para el caso de que se trate de “allanarse, transigir o desistir” en el proceso en el que se pretende

*1 En este sentido, SAP La Rioja 9 de noviembre de 2017.

la imposición de la pensión de alimentos al concursado. Sin embargo, en el caso de que el concursado sea el demandado y se peticione una pensión de alimentos sobre la que se ejercite oposición o resistencia, no parece que resulte necesaria la intervención de la Administración Concursal. (En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra de 3 de octubre de 2017).

Por las mismas razones y a pesar del silencio de la LC, parece que la intervención del Administrador Concursal será necesaria para la firma y ratificación del Convenio Regulador en que se imponga al concursado una pensión de alimentos.

4.- Reconocimiento y clasificación en el concurso de la pensión de alimentos impuesta en resolución judicial del Juez de Familia.

Habrà que distinguir los siguientes supuestos:

a) Pensión de alimentos fijada por resolución del Juez de Familia antes de

la declaración del concurso y devengadas antes de la declaración del concurso.

Las pensiones alimenticias no pagadas y devengadas con anterioridad a la declaración del concurso, tendrán la consideración de crédito concursal ordinario pues así resulta del artículo 92.5º LC cuando, después de señalar que son subordinados los créditos con personas especialmente relacionadas con el deudor, añade una excepción: "Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario".

La consecuencia de esta clasificación es que se trata de un crédito sujeto a la pars conditio creditorum y que, por ello, será pagadero una vez se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los créditos con privilegio y en la medida en que quede masa activa con la que realizar el pago.

b) Pensión de alimentos fijada por resolución del Juez de Familia dictada antes o después de la declaración del concurso y devengadas con posterioridad a la declaración del concurso.

La cuestión se resuelve en el artículo 84.2.4º de la LC al decir que "tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 4.º [...] así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

**4 La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de septiembre de 2016, aunque lo hace obiter dicta, parece permitir que el juez del concurso pueda, en línea con esta tesis, determinar la cuantía de la pensión de alimentos -fijada por el Juez de Familia y devengada después de la declaración del concurso- que deba tener la consideración de crédito contra la masa y qué parte de la pensión deba tener la consideración de crédito concursal.*



Por tanto, serán crédito contra la masa y no créditos concursales. Ello tiene la significación de que su pago se podrá reclamar al Administrador Concursal y que, en caso de que no la pague, se podrá peticionar su condena al pago a través del incidente del artículo 84.4 LC.

Ahora bien, y pese a las discrepancias doctrinales sobre la materia, a mi juicio, entiendo que el juez del concurso, a instancias del Administrador Concursal, podrá dictar "resolución judicial posterior a la declaración del concurso" en la que establezca la "extensión" que la pensión de alimentos tendrá como crédito contra la masa. El resto, por exclusión, tendrá la consideración de crédito concursal. *4

Ciertamente, tiene sentido que el legislador habilite al Juez del concurso para concretar una parte de la pensión de alimentos impuesta por un juez distinto como crédito contra la masa. Es fácil imaginar que el juez de familia aprobará un convenio regulador en el que se establezca una pensión de alimentos para los hijos que sea desorbitada o desproporcionada. Con este instrumento, el juez del concurso puede limitar la pensión impuesta concretando que sólo una parte de la pensión tendrá la consideración de crédito contra la masa.

De esta forma, se protegerá al resto de los acreedores que concurren en el concurso y el propio interés del concurso. Se evita, así, el fraude que se podría generar.

Además, de esta manera, se equiparan los que son alimentistas en el seno de un concurso por vía de una crisis matrimonial con los que lo son por fijación de alimentos del Juez del concurso al amparo del artículo 47.1 LC cuando el concursado no haya sufrido una crisis matrimonial judicializada. O, lo que es lo mismo, los descendientes bajo la potestad del concursado cobrarán lo mismo como crédito contra la masa tanto en el caso de que los alimentos los haya fijado el Juez

del concurso cuando no hay una situación de crisis matrimonial como en el caso de que los alimentos los haya fijado un Juez de Familia. El interés del concurso en ambas situaciones se preservará de forma igualitaria. Por último, lo que está claro es que el Juez del concurso no puede alterar la cuantía de la pensión de alimentos impuesta por otro juez. Es decir, puede determinar qué parte de la pensión tendrá la consideración de crédito contra la masa y qué parte concursal pero lo que no puede es reducir la cuantía pues supondría entrometerse en la jurisdicción de otro juez y en una materia sobre la que no tiene competencia.

5.- Tratamiento de la pensión de alimentos cuando se haya iniciado la fase de liquidación.

A mi entender, no es aplicable, en esta fase, la previsión del artículo 145.2 LC *5: "Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad". Y ello por cuanto se refiere a los alimentos que son fijados en el seno del concurso al margen de una situación de crisis familiar. Por tanto, no es aplicable a la pensión de alimentos fijada por el Juez de primera instancia. *6

Cuestión distinta es la relativa a qué ocurre con la pensión de alimentos si se llega al acuerdo extrajudicial de pagos previo al concurso consecutivo o qué tratamiento se debe dar a dicho crédito al acordar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Pero, por esta ocasión, entiendo ya más que suficiente lo analizado en materia concursal en una revista de derecho de familia. Será en otra ocasión.

*5 En este sentido, la muy interesante y compartida sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra de 3 de octubre de 2017.

*6 En este sentido, coincido con la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra de 3 de octubre de 2017.

GESTALGAR

*GESTALGAR ALZADA SOBRE EL RÍO
TURIA, RODEADA DE AGRESTES
MONTAÑAS, PISCINAS NATURALES
Y RESTOS ARQUEOLÓGICOS*

Sobre el origen del nombre hay diversas historias. Una de ellas es que el topónimo, de origen árabe cuyo significado es "al oeste de la villa de Xest o Gest", se remonta a la unidad de dos topónimos: Geste, poblado de origen romano y Algar, poblado situado al otro lado del río.



Gestalgar se encuentra ubicado en la comarca de La Serranía del Turia. Su paisaje posee una singularidad especial sobre un entorno montañoso donde disfrutar de la naturaleza y el deporte al aire libre. Se han hallado restos de pinturas rupestres en el barranco de las Clochas declaradas por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad. Un municipio con encanto de apenas 600 habitantes que ha sabido conservar un importante legado patrimonial, cultural y natural.



La Peña María es un bello paraje que se alza sobre el río Turia, rodeada de abruptas montañas, moldeadas durante millones de años por la erosión del Turia. Esta Peña emerge en el último tramo del río que discurre encajado en un angosto cañón con empinadas vertientes, conocido con el nombre del **Estrecho de los Azudes**, un temido paso por los maderados que transportaban los troncos hacia la ciudad de Valencia.

Cerca de la Peña María se halla la fuente del mismo nombre y la del Morenillo, albergando una importante y nutrida representación de vegetación, tanto zonal como de ribera.

Restos de la muralla del castillo de los Murones.

Esta fortificación de origen islámico podría datar del siglo XII, reinado de Muhamad ibn Mardanish.



La Iglesia Parroquial de la Purísima Concepción

es un gran templo de origen neoclásico construido a finales del siglo XVIII



El Barranco del Regajo, considerado "camino de riqueza" porque riega con generosidad las tierras que cruza y discurre por la zona central del municipio en dirección Este-Oeste manteniendo limpias sus aguas.

La Sierra de los Bosques, Al Sur del municipio en dirección a Chiva.

La Sima de la tierra de Roya, situada en el camino hacia el "El Campillo", una hermosa sima descubierta hace solo 10 años, repleta de formaciones y de una gran belleza, estalactitas y estalagmitas entre otras. Es de acceso restringido a espeleólogos.



Entre los encantos de Gestalgar se encuentra la piscina natural del río Turia llamada "El Motor de Gestalgar" que sin duda es digna de visitar, sobre todo durante los meses de calor, pues es una zona de baño preciosa a los pies de la Peña María.



La senda PRV-290 de unos 16 km de recorrido, une Gestalgar con el Balneario de Chulilla. El sendero transcurre junto al río Turia, elemento moldeador del paisaje que durante millones de años ha erosionado las rocas para ofrecer unos parajes de una espectacular belleza y alto valor ecológico y etnográfico, destacando la Peña María, las ruinas de la presa vieja, la Fuente del Morenillo restos del Acueducto romano de los Calicantos, etc.

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

▷ Sigue la jurisprudencia de familia actualizada a través de este enlace:
<http://www.icav.es/comunidad#/muro/2>

¿Te gustaría colaborar con un artículo?

¿Tienes sugerencias, ideas, opiniones para aportar?

¡Nos encantaría escucharte, por favor haz click aquí y mándanos tu mensaje!



o escribe directamente a ptrelis@icav.es