

**PONENCIA DEL EXMO MAGISTRADO DON EDUARDO  
HIJAS FERNANDEZ  
CON MOTIVO DEL HOMENAJE EN EL ICAM CON FECHA 10  
DE JULIO DE 2019**



**EL EXORDIO: NOTA MIA**

Estimados compañeros, os facilito las reflexiones expuestas por el Ilmo. Magistrado D. Eduardo Hijas Fernández a raíz del homenaje celebrado el día 8 de julio p.p. en el ICAM.

Esta entradilla es para transmitirle en nombre de todos nuestro agradecimiento y reconocimiento por su generosidad y un buen trato que hoy es nuestra amistad.

Algunos le conocemos desde que la creación de los Juzgados de familia; es amigo de la AEAFA desde 1998; y siempre ha mantenido una excelente relación y exquisito trato con los abogados, como corresponde a quien por sus conocimientos admite sin temor la discrepancia y la dialéctica propia de esta profesión.

Lo suyo ha sido y es el derecho de familia, siempre desde un vasto conocimiento del derecho civil y procesal, sin concesiones al derecho de autor o a una creatividad que implicara improvisación, por lo que le tenemos que agradecer su firmeza en el respeto y amparo del derecho de defensa.

Desde que se creó la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid personalmente tuvo la amabilidad de facilitar que los abogados que nos interesamos el acceso a los criterios de su Sala. A tal fin nos facilitaban una vez almes tochos de resoluciones en papel a través del ICAM, que el grupo de compañeros repartíamos para resumir y estudiar. Esto también supuso que los propios letrados empezamos bruñir una amistad que hoy persiste. Éramos muy pocos y la ilusión nos desbordaba.

Quiero mencionar la memoria de Carlos Magaz, mi mentor, gran persona, amigo y ejemplo vital; todo un lujo que disfrute por más de 25 años y a quien siempre tengo en mi corazón.

La Ley de Divorcio de 1981 provocó un cambio radical en la sociedad y en las instituciones. Ya no era cuestión de la Iglesia sino del Estado. Todos cejamos en derechos. Surgieron, o mejor afloraron, nuevos tipos de familia; y por fin desaparecían conceptos de filiación que da bochorno recordar: hijos naturales, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, sacrílegos... Un nuevo mundo para las personas y también para la abogacía. Y ahí sitúo a Eduardo en mi memoria más remota, como otros compañeros, abriendo camino a los abogados y a nuestro propio impulso. Decía que solo gracias al impulso de los abogados ellos podían avanzar en derechos. ¡que cierto! Abordar nuevas cuestiones le apasionaba.

De la primera época de la SP/22, año 1992, acumulo 492 Sentencias, y como homenaje a este gran ponente cito algunos temas estrella; - la separación era causal se suaviza con la falta de afecto; - la separación de hecho tiene efectos procesales y patrimoniales para evitar injusticias; -se da vida el hecho nuevo y sus características; -se resuelve el paso y la trazabilidad o interferencia entre la separación y el divorcio; - se aclara el límite entre derechos dispositivos y tutelados; -se dan criterios para el atribución del uso de la segunda vivienda; -se aclara la valoración del uso de la vivienda familiar en la liquidación de bienes; - se afrontan los innumerables problemas que planteaba la L 11/1990; de legitimación y representación por sustitución, de derecho transitorio, de derecho transitorio y extinción de los alimentos ; -de índices de actualización; -en la liquidación de patrimoniales se debaten un sin fin de problemas de competencia, procedimiento aplicable. Y muchísimos más problemas, muy complicados, en los que las ponencias de Eduardo brillan y son especialmente apreciadas.

En suma, la palabra "innovar" define a Eduardo.

Y ahora nos hace una breve intervención que os invito a leer con vínculos que me he permitido añadir para que constateis la oportuna resolución en crudo. Podréis juzgar esta intervención que también supone una comunicación para nuestro Tribunal Supremo.

**PONENCIA DEL EXMO MAGISTRADO DON EDUARDO HIJAS  
FERNANDEZ  
CON MOTIVO DEL HOMENAJE EN EL ICAM CON FECHA 10 DE  
JULIO DE 2019**

Se cumplen ahora 38 años de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que modificó profundamente en nuestro país del Derecho de Familia, y determinó la creación, en diversas Capitales, de Juzgados especializados en dicha materia. Ello, al cabo de un tiempo, y concretamente en el año 1992, provocó que, en la Audiencia Provincial de Madrid, se constituyera una Sección especializada para conocer de los recursos de apelación que se formularán en dicho ámbito jurídico, lo que posteriormente dio lugar a que en otras Audiencias Provinciales se establecieran tales Órganos especializados.



Desde entonces se han incrementado, año tras año, el número de recursos que llegaba a dicha Sección de Familia, y que exigiendo, por la propia naturaleza de las cuestiones debatidas, decisiones ágiles y rápidas, provocó que, en el año 2000, se constituyera una nueva Sección con competencia en dicho sector del ordenamiento jurídico.

Pero pronto tal solución se ofreció insuficiente para absorber el progresivo número de recursos que se formulaban contra las decisiones de los Juzgados, lo que ha originado un considerable retraso en la resolución de los mismos, con lo que, por el transcurso del tiempo y los cambios que se van operando necesariamente en las relaciones personales y familiares, provoca, en bastantes ocasiones, que las resoluciones dictadas en el trámite de apelación, al operar, por los propios condicionantes del recurso, sobre las circunstancias concurrentes al tiempo de tramitarse la litis en la instancia, nazcan ya desfasadas, al proyectarse sobre una realidad total o parcialmente distinta de aquella otra que condicionó la decisión del Juzgador de instancia..

Cierto es que el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la introducción, incluso en la segunda instancia, de hechos nuevos, que no de pretensiones distintas de las formuladas en demanda y contestación, pero ello determina que, en ocasiones, se desvirtúe el objeto propio del recurso, para convertir el mismo en un procedimiento de modificación de medidas.

Se hace por ello absolutamente imprescindible que, al margen de soluciones provisionales como las concernientes a la próxima entrada en funcionamiento de las Secciones bis, se creen nuevas Salas especializadas en esta materia, para ofrecer respuestas en un tiempo prudencial, aproximándonos en tal modo y dentro de lo posible, al utópico, por las circunstancias actuales cuando no seculares, de los 30 días que se recogen en los artículos 464 y 465 L.E.C. para la resolución del recurso de apelación.

Los profundos cambios experimentados por la sociedad desde el año 1981 han precisado de la adaptación a los mismos por los Tribunales de los criterios al efecto establecidos por el Legislador, quien igualmente, y con posterioridad, ha ido recogiendo, mediante sucesivas reformas, las soluciones ofrecidas por los Tribunales.

Surge así la modificación de la figura de la separación y el divorcio, anteriormente de carácter causal, y condicionadas ahora únicamente por la voluntad de los cónyuges, o de uno solo de ellos, de poner fin a la unión nupcial; se contempla igualmente la posibilidad de fijar límites temporales apriorísticos a la pensión por desequilibrio, y se sanciona, en un primer momento por los Tribunales y luego mediante una reforma legislativa, la custodia compartida, como alternativa a la monoparental que estableció el Legislador de 1981.

Esta última figura, regulada inicialmente de forma ciertamente restringida, pues, a falta de acuerdo las partes, precisaba para su sanción judicial del informe favorable del Ministerio Fiscal, revistiendo además, según la propia dicción legal, un carácter excepcional, se ha ido despojando, en su interpretación jurisprudencial, de tal encorsetamiento, al

declararse por el Tribunal Constitucional contrario a nuestra Carta Magna la necesidad de dicho dictamen positivo del Ministerio Público, mientras que el Tribunal Supremo viene manteniendo que tal medida no debe considerarse excepcional, sino normal y deseable.

En tal evolución jurisprudencial se ha acabado por declarar que tal cambio de orientación de la doctrina del Alto Tribunal equivale a una alteración de circunstancias que, en consecuencia, abre la puerta a una posible modificación de una anterior decisión firme de los Tribunales sobre guarda monoparental, a lo que se une que el artículo 90 del Código Civil, en su redacción tras la Ley de 2 de julio de 2015, no exige ya para el cambio de custodia una alteración sustancial de circunstancias, y si únicamente que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos. Ello ha provocado un notabilísimo incremento de las demandas de modificación de medidas que, en no pocos casos, obedecen, no al beneficio del menor, sino a intereses puramente económicos, en cuanto concernientes a la pensión de alimentos que había de satisfacer anteriormente el progenitor no custodio, y al uso del domicilio familiar, pues en tales casos el Tribunal Supremo declara que ya no existe el mismo como tal a los efectos del artículo 96 del Código Civil, abriendo así de par en par las posibilidades de su liquidación.

En todo este tiempo, el Tribunal Supremo ha venido estableciendo criterios de evidente trascendencia, teórica y práctica, para la solución de los conflictos familiares, tales como la limitación hasta la mayoría de edad de los hijos del derecho de uso que la Ley atribuye a los mismos, o la interpretación amplia de la convivencia marital en cuanto causa de extinción del derecho de pensión por desequilibrio, así como la vigencia temporal de las medidas económicas cuando las mismas sean modificadas en el trámite de apelación, extremo este último en el que entraré posteriormente.

Pero, en ocasiones, los criterios sentados jurisprudencialmente hacen surgir dudas que precisarían una mayor matización en el futuro.



## **GASTOS DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA VIVIENDA FAMILIAR.**

Siendo el inmueble de titularidad común, y cuando tales cuotas han sido abonadas exclusivamente por el cónyuge beneficiario del derecho de uso, en los términos prevenidos en el artículo 96 del Código Civil, se ha planteado la duda de si dicho condómino ostenta un derecho de crédito que ha de hacerse efectivo en la liquidación del patrimonio ganancial.

El Tribunal Supremo, discrepando del criterio al efecto mantenido por varias Audiencias Provinciales y, entre ellas la de Madrid, declara, sobre la base de lo prevenido en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal que hay que distinguir entre los gastos que derivan del uso del inmueble (suministro de luz, agua, teléfono, gas...) y que han de ser asumidos por el cónyuge usuario, y los inherentes a la propiedad de la vivienda, como son, entre otros, los de comunidad de propietarios y el IBI, que tienen carácter propter rem, por lo que su abono corresponde al propietario o propietarios, ya que los desembolsos derivados de la conservación y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos. Y se añade que, salvo previsión expresa en contrario en la Sentencia que fija las medidas definitivas en el pleito matrimonial, tales gastos de comunidad han de ser de cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular del inmueble [TS 25-5-2005](#), [TS 20-6-2006](#), [TS 18-6-2008](#) y [TS 27-6-2018](#).

Pero no podemos dejar de valorar, como así lo ha venido manteniendo la Audiencia Provincial de Madrid, que las cuotas ordinarias de comunidad de propietarios, de manera distinta a las derramas extraordinarias, tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios (portería, luz de zonas comunes, mantenimiento y limpieza de las mismas, jardines o piscina) que, en tales casos, tan sólo benefician de modo directo y personal a quien ostenta el derecho de uso, en igual medida que el cónyuge no usuario debe afrontar, sin repercusión posible en la sociedad de gananciales, gastos de la misma naturaleza de

la vivienda, no ganancial, que pasa a ocupar tras su salida del domicilio familiar.

De otro lado, dentro de la regulación del derecho de uso y habitación, figuras que guardan evidentes similitudes con la que recoge el artículo 96 C.C., el artículo 500, por la remisión genérica del 528, previene que el usuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en uso, considerándose como tales las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas, y sean indispensables para su conservación. Y se añade en el artículo 504 que serán de cuenta del usuario las cargas, contribuciones y gravámenes.

En último término, las previsiones específicas contenidas en la Sentencia que pone fin al pleito matrimonial acerca del pago de dichos gastos, tal como, para su exclusión de las operaciones liquidatorias, establece el Tribunal Supremo, requeriría, para una mayor seguridad jurídica, que se indicara expresamente que el pago efectuado por el usuario no repercutiría, como crédito del mismo, en la liquidación societaria.

## **HIPOTECAS QUE GRAVAN LOS INMUEBLES DE TITULARIDAD GANANCIAL**



Se plantea el interrogante de si las mismas constituyen una carga del matrimonio a los fines prevenidos en los artículos 90 y 91 del Código Civil.

El Tribunal Supremo (Ss. [STS 5-11-2008](#) y [STS 28-3-2011](#)) mantiene que la hipoteca que grava la vivienda familiar no debe ser considerada como una carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión otorgan los indicados preceptos, pues, por el contrario, se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto incluida en el artículo 1362-2ª del Código Civil.

Con dicha tesis, y a la margen de aquellos supuestos en que los esposos han quedado sometidos a un régimen distinto del ganancial, parece que se queda sin posible contenido el

concepto de cargas del matrimonio, pues desglosadas del mismo en el pleito principal, respecto de lo acordado en la fase de medidas provisionales, los alimentos y la pensión por desequilibrio, el mismo debería comprender las deudas, y obligaciones económicas en general, constituidas durante la unión nupcial y no extinguidas aún cuando se dicta la Sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Pero tal solución jurisprudencial no parece excluir en dichos casos un pronunciamiento específico en el pleito matrimonial sobre el pago de tal gravamen, pues en la última de las referidas Sentencias se hace constar, en su parte dispositiva, que las cuotas del préstamo hipotecario deben ser abonadas por mitad entre los cónyuges propietarios, lo que supone que dicha medida puede ser objeto, al igual que las demás contenidas en la resolución judicial, de ejecución en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, no constituyendo por ello, como a veces se ha sostenido, un pronunciamiento meramente declarativo y, por ello, excluido de su posible efectividad ejecutiva.

Hemos de tener en cuenta igualmente que el pago de las correspondientes cuotas hipotecarias conlleva el mantenimiento del inmueble en el patrimonio común, evitándose así la ejecución hipotecaria, a fin de la posterior liquidación de bienes y deudas, garantizando además la permanencia en el inmueble de los hijos y el cónyuge beneficiario del derecho de uso, y del que podrían ser privados de no hacerse efectiva la obligación frente a la entidad acreedora. Por ello, desde la Audiencia Provincial de Madrid venimos manteniendo que es factible la regulación de tal deber económico, en una u otra proporción entre los cónyuges, en la resolución de la litis matrimonial, posibilitando así la posibilidad de su exacción ejecutiva en caso de incumplimiento por alguno de ellos, al que puede obligarse por dicha vía a pagar a la entidad acreedora, o a resarcir al otro condueño que ha asumido el pago íntegro de todas o parte de las cuotas hipotecarias.

Incluso, en caso de precariedad u orfandad de medios económicos de uno de los esposos, admitimos que en la Sentencia se acuerde que el de mayor capacidad económica

afronte en su totalidad, o en su mayor parte, tal carga, sin perjuicio de la repercusión de tal abono en la liquidación societaria, lo que no excluye, obvio es, la posibilidad de la entidad prestamista de dirigir su acción, en caso de impago, sobre ambos cotitulares del inmueble en cuanto suscriptores del préstamo hipotecario, pues aquella distribución porcentual sólo afecta a las relaciones internas entre los esposos, y no puede perjudicar al tercero acreedor.

## **FECHA DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.**



Según los artículos 95 y 1392 del Código Civil, dicho régimen concluye de pleno derecho, entre otras causas, cuando judicialmente se decreta la separación o el divorcio, y ello con referencia a la firmeza del pronunciamiento por el que se constituye el nuevo estado civil derivados de la disociación nupcial.

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo, de modo reiterado, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad, que es la convivencia de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, que no puede ser acogido por los Tribunales. Incluso llega a afirmarse ([STS 11-10-1999](#)) que el abandono del domicilio familiar por uno de los cónyuges supone de facto la disolución societaria, pues ello no puede conllevar la ilógica de que siga existiendo dicha comunidad económica, no exigiéndose tampoco en tales casos una específica declaración judicial para su extinción.

Con independencia de la extinción formal y con eficacia erga omnes, la vigente legalidad en la materia parece admitir, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, la posibilidad de retrotraer entre los cónyuges los efectos de la disolución a momentos anteriores a la firmeza de la Sentencia de separación, divorcio o nulidad.

Así, el artículo 102 del Código Civil dispone que una vez interpuesta y admitida la demanda cesa la presunción de convivencia que, como declara el Tribunal Supremo, constituye el fundamento sobre el que necesariamente ha de asentarse la sociedad de gananciales.

En el mismo sentido el artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habilita la posibilidad de que el procedimiento de formación de inventario se inicie una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, lo que supone que la determinación, entre los esposos, del activo y pasivo societario haya de referirse a dicho momento inicial del procedimiento, y no a los que existan cuando la Sentencia alcanza firmeza, pues puede ocurrir que en esta última fecha los bienes, derechos y deudas sean parcial o, incluso, totalmente distintos de aquellos otros que existían al tiempo del comienzo del pleito, por lo que todo el procedimiento de inventario paralelamente tramitado, e incluso finalizado, no habría servido para nada, teniendo que volver a plantearse, desde su inicio, lo que entra en colisión con elementales principios de economía procesal, y con la propia regulación al efecto contenida en el artículo 809 L.E.C.

Pero pareciendo pacífica dicha postura, el Tribunal Supremo, en [STS 28-5-2019](#), llega a una solución distinta, vinculando necesariamente la disolución a la fecha de la firmeza de la Sentencia del pleito patrimonial, añadiendo que en el caso allí enjuiciado no existió una separación libremente consentida, pues se inició el procedimiento por vía contenciosa, y dicha separación consensuada no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio, ni con el dictado de las medidas provisionales.

Incluso se mantiene, en contra de anteriores resoluciones del mismo Tribunal, que en casos de separación de hecho libremente consentida la disolución de la sociedad debe ser declarada por el Juez, según el artículo 1393-3ª, que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida. Se parece así exigir que tal declaración se efectúe en un procedimiento ad hoc, excluyendo en tal modo que la misma se contenga en el

procedimiento de inventario derivado de la litis matrimonial (art. 1392 C.C.).

Y se llega a afirmar que el procedimiento de formación de inventario seguido de forma paralela sólo supone la apertura de un trámite que tiene carácter cautelar, por lo que si la disolución se produce después que el inventario, podrán incorporarse nuevos bienes de gananciales. Tal aseveración ofrece difícil conciliación con el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que limita el ámbito del juicio verbal a aquellas partidas sobre las que, en la comparecencia ante el Secretario judicial, no haya existido acuerdo, lo que supone la inviabilidad de introducir en dicho trámite posterior pretensiones nuevas sobre el activo y el pasivo.

### **MODIFICACIÓN EN EL TRÁMITE DE APELACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES DE ALIMENTOS Y COMPENSATORIA.**



El Tribunal Supremo, especialmente a raíz de la [STS 26-3-2014](#), sienta la doctrina de que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de 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 dictadas anteriormente".

Prescindiendo de la cuestión suscitada en el caso, parece que dicha doctrina tan sólo afecta a la aplicación del artículo 148 del Código Civil, pero es lo cierto que dicha Sentencia se dictó en un caso del que conoció la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se elevó el importe de la pensión de alimentos que había fijado el Juzgado, y se dispuso que la nueva cuantía cobraría vigencia desde la resolución apelada, lo que fue corregido por la

dictada por el Tribunal Supremo, al declarar que la nueva cuantía tan sólo podía cobrar vigencia en el momento de ser dictada la de apelación, momento en el que sustituiría a la de primera instancia.

La expuesta doctrina sobre sucesivas sustituciones de la pensión de alimentos, sin retroacción, ha sido igualmente aplicada a la pensión compensatoria a partir de la [STS 16-11-2016](#).

Se trataba, en el caso, de un procedimiento de divorcio, precedido de otro de separación matrimonial, habiéndose reconocido en este primero el derecho a una pensión compensatoria por importe de 300 € al mes. En la Sentencia dictada en el posterior procedimiento de divorcio, el Juzgado denegó la pensión compensatoria, y la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid reconoció el derecho, por importe de 400 € al mes, y con efectos desde la fecha de la Sentencia de instancia. En casación se anula dicho pronunciamiento y se declara que la referida medida económica cobra efectividad desde la fecha de la Sentencia de apelación, argumentándose que la pensión venía ya declarada con anterioridad, y lo que ha hecho la Sentencia de apelación no es declarar el derecho sino modificar la cuantía.

Sin embargo en el procedimiento de divorcio se denegó, por el Juzgado, el derecho, y lo que hizo la Audiencia Provincial es reconocer el mismo en dicho entorno procesal, no modificando una cuantía que no venía establecida por la Sentencia apelada, por lo que se entendió que, de conformidad con la naturaleza del recurso de apelación, tal pronunciamiento debía cobrar eficacia desde que se dictó la resolución por el Juzgado, momento en el que sustituiría al pronunciamiento de la Sentencia de separación.

En tal modo, con la tesis mantenida por el Tribunal Supremo, la beneficiaria del derecho de pensión quedó abocada a la pérdida del mismo en el tiempo transcurrido entre la Sentencia del Juzgado y la de la Audiencia.

Reproduce el Tribunal Supremo dicha doctrina en posterior [STS 20-6-2017](#), pero acaba por establecer una solución que mal se compadece con tesis mantenida.

En efecto, se trataba de un procedimiento de divorcio en el que, en primera instancia, se fijó una pensión compensatoria de 500 € al mes. La sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, al conocer del recurso de apelación, elevó dicha cuantía a 800 €, con efectividad desde la fecha de la Sentencia de instancia (hay que advertir que cuando la Audiencia conoce del recurso, el Tribunal Supremo aún no había extendido el criterio examinado a la pensión compensatoria). En la referida sentencia de 20 de junio de 2017, el Tribunal Supremo se remite a la [STS 16-11-2016](#), diciendo que el criterio allí establecido es aplicable cuando en un proceso de divorcio se modifica una pensión que venía reconocida ya por una anterior sentencia de separación matrimonial, de modo que, en tal caso, la Sentencia de divorcio que no crea el derecho, sino que modifica su cuantía, produce sus efectos desde la fecha de la Sentencia de apelación en este segundo proceso (recordemos que en el anterior caso la Sentencia de apelación no modificó la cuantía, pues la pensión compensatoria fue denegada en la instancia, sino que creó el derecho en el procedimiento de divorcio). Y se acaba por declarar en esta última resolución que, como no existía antes del divorcio resolución alguna que fije compensación, la cuantía fijada en segunda instancia produce sus efectos desde la Sentencia de primera instancia.

