



Roj: **AAP IB 150/2005 - ECLI: ES:APIB:2005:150A**

Id Cendoj: **07040370052005200029**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **28/04/2005**

Nº de Recurso: **118/2005**

Nº de Resolución: **52/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MATEO LORENZO RAMON HOMAR**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00052/2005

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000118 /2005

AUTO Nº 52

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MIGUEL CABRER BARBOSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MARIANO ZAFORTEZA FORTUNY

D. MATEO RAMÓN HOMAR

En PALMA DE MALLORCA, a veintiocho de Abril de dos mil cinco.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 700/2004, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 12 de PALMA DE MALLORCA , a los que ha correspondido el Rollo 118/2005, en los que aparece como parte demandado apelante D. Juan Manuel representado por el Procurador D. JESUS MOLINA ROMERO, y asistido por el Letrado D. MARC GONZALEZ SABATER, y como demandante apelada D^a. Penélope representada por el Procurador D. JUAN MARIA CERDO FRIAS, y asistida por la Letrada D^a. MARGARITA GARCIA COLL.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. D. MATEO RAMÓN HOMAR.

HECHOS<

/p>

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma, en fecha 7 de julio de 2004, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1.- Se desestima parcialmente, a los solos efectos de esta ejecución, la oposición formulada por el Procurador Sr. Molina en representación del Sr. Juan Manuel , a la ejecución despachada a instancia de la Sra. Penélope en reclamación de 8.844'67 euros, declarando procedente que siga adelante la ejecución. 2.- No se efectúa condena por las costas de la oposición de la ejecución".

SEGUNDO.- Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, y seguido el recurso por sus trámites, se celebró deliberación y votación en fecha 27 de abril del corriente año, quedando el recurso concluso para resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.



RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución apelada en lo que no se opongan a los que siguen

PRIMERO.- Nos hallamos en un procedimiento de ejecución de una sentencia de divorcio por mutuo acuerdo de fecha 12 de julio de 2.000, en el que a D^a Penélope , se le concede una pensión compensatoria de 1.322,22 euros al mes, actualizable anualmente conforme a los IPC. con cargo a su exesposo D. Juan Manuel , y en la que dicha ejecutante reclama una suma de 9.310,88 euros que considera se le adeuda, y la cual se debe en gran parte a que no se han abonado los sucesivos incrementos del IPC. El demandado se opuso a la ejecución en base a tres motivos: 1) Solicita la aplicación de los artículos 607, 1 y 2 de la LEC en relación con los artículos 608 y 609, en petición de que se declare inembargable la pensión que no exceda de 460,50 euros al mes, por considerar que la pensión compensatoria no puede equipararse a una pensión alimenticia, sino que trata de compensar al excónyuge por un desequilibrio económico ocasionado por la crisis matrimonial, y éste no es un pariente, por lo que no puede tener los alimentos del artículo 142 CCi . 2) Existencia de acuerdos entre las partes de los que deduciría un pacto de reducción de la cuantía de la renta y que se conformaba la exesposa con 1.000 euros mensuales de la pensión. 3) Pluspetición, a su vez: A) Compensación por pagar el seguro médico de la ejecutante en España. B) La ejecutante no había solicitado los incrementos correspondientes a cada año. C) Se ha dictado una sentencia de modificación de medidas que ha reducido el importe de la pensión a 800 euros al mes, y no se ha tenido en cuenta.

El auto de instancia tan sólo admite el motivo de oposición 3 C) antedicho, y desestima los demás, básicamente por considerar que la pensión compensatoria integra y a la vez supera el contenido de la pensión alimenticia; ausencia de documento escrito expresivo de los pactos alegados; el pago del seguro médico no sería obligatorio para el ejecutado y lo sería como liberalidad; y que el derecho de la ejecutante a reclamar el pago de las actualizaciones no ha prescrito. Dicha resolución es impugnada por la representación del demandado, con lo cual resta firme el pronunciamiento del motivo de oposición 3 C), en petición de que se desestime íntegramente la ejecución solicitada.

SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo del recurso, es objeto de controversia la determinación de si la pensión compensatoria antedicha puede ser considerada como de alimentos a los efectos del artículo 608 de la LEC , en los casos en que la obligación de satisfacerlos nace directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación y divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge e hijos, esto es, como una excepción al principio de inembargabilidad del importe del salario mínimo interprofesional. La Sala comparte el criterio seguido en el auto recurrido, reseñando que la pensión compensatoria tiene un componente de pensión alimenticia absorbida en supuestos de nulidad y disolución del matrimonio por cuanto se extingue la relación parental antes existente, si bien puede superarlo y ser debida a otros motivos fijados en el artículo 97 del Código Civil . Compartimos el criterio seguido por auto de la AP de Madrid, Sección 22^a de 3 de junio de 2.003 , en cuanto señala que " viene manteniendo esta Sala que aunque tal precepto tan sólo habla de "alimentos", una interpretación sistemática del mismo supone la superación de tal literalidad, habiendo de entenderse que es posible su proyección a toda las prestaciones económicas fraccionadas y periódicas establecidas en un pleito matrimonial, ya sea bajo la cobertura jurídico-formal de la pensión de alimentos ya como pensión del artículo 97 del Código Civil , dado que, de una u otra manera, esta última prestación viene a cubrir necesidades alimenticias que no pueden ser ignoradas, y que tienen perfecto encaje en el referido precepto procesal, máxime cuando el mismo, reproduciendo el artículo 1451 de la Ley de 1881 , siguió hablando, con escaso rigor técnico, de alimentos a favor del cónyuge en proceso de separación, divorcio o nulidad, por lo que resultaría inaplicable no sólo en estos dos últimos supuestos, en que claramente no procede establecer pensiones alimenticias, por desaparecer el vínculo sobre el que se asienta la obligación (artículo 143-1 C.C .), sino también en los procedimientos de separación matrimonial en los que difícilmente, según lo prevenido en los artículos 91 y siguientes de dicho texto sustantivo , puede reconocerse una prestación de tal naturaleza en pro de uno u otro litigante, pues la ley no prevé dicha posibilidad, refundiendo, por el contrario, cualquier derecho económico en tal sentido en el artículo 97; el mismo contempla, como uno de los baremos de cuantificación de la pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge, lo que revela un resabio de la antigua prestación alimenticia que también en la separación matrimonial se debe necesariamente integrar bajo el ropaje jurídico de la pensión compensatoria, cualesquiera que sean los factores preponderantes en su sanción judicial, esto es ya indemnizatorios ya alimenticios". En parecidos términos se pronuncia el auto de la AP de Valencia de 17 de marzo de 2.003 , conforme al cual, "a pesar de la dicción literal del término alimentos no puede mantenerse una interpretación meramente gramatical del precepto para excluir su aplicación en los supuestos en los que como el de autos se intenta asegurar la efectividad del pago de la pensión compensatoria. Se impone, por el contrario, otra interpretación racional, sistemática y teleológica, adecuada a la realidad del tiempo a que debe aplicarse, conforme al art. 3.1 del Código Civil , que aboga por la extensión del referido párrafo a las prestaciones fraccionadas y periódicas establecidas en un pleito matrimonial, ya sea bajo la denominación específica de



alimentos, ya como pensión compensatoria regulada en el art. 97 del Código Civil , en cuanto todas esas formas de prestación económica vienen a cubrir necesidades alimenticias que no pueden ser ignoradas y que tienen perfecto encaje en el precepto procesal, máxime si el mismo, y con escaso rigor, habla de alimentos a favor de cónyuges en procesos de separación, nulidad o divorcio, y resultaría inaplicable no solo en estos dos últimos supuestos en los que claramente no cabe establecer pensiones alimenticias por haber desaparecido el presupuesto de su nacimiento (art. 143-1º CC), sino también en los procesos de separación en los que difícilmente, y a tenor del art. 91 y siguientes del C.Civil puede reconocerse una prestación de alimentos a favor de uno u otro litigante, pues la ley parece refundir cualquier derecho económico en tal sentido en el art. 97, en el que se regula como baremo cuantitativo el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge lo que revela un resabio de la antigua prestación alimenticia"

Frente a ello, el recurrente reitera que la pensión alimenticia no es equiparable a la pensión compensatoria, citando un conjunto de sentencias que no consta se refieran a la cuestión específica planteada, sino a una diferenciación entre pensión alimenticia y compensatoria, con frases que no hacen referencia a la concreta controversia jurídica relativa a interpretación del artículo 608 LEC , sino a otras distintas. No obstante, se puede señalar lato sensu en una pensión compensatoria un componente de alimentos, y otro que lo excede, en gran parte indemnizatorios, de difícil separación en cada caso concreto. Se dice que tal interpretación conlleva unos efectos nefastos como son la indigencia de la nueva familia del deudor de la pensión (esposa e hijo menor de un año), que atenta contra el derecho del artículo 39 de la Constitución Española de protección a la familia e hijos. Tal argumento no se comparte, y si se llega a la situación de insuficiencia del sueldo en atención a la pensión compensatoria por cuanto el deudor voluntariamente ha constituido una nueva familia con una nueva esposa e hijo, el Tribunal podrá fijar la cantidad que puede ser embargada, vistas las circunstancias concurrentes, como recoge el aludido artículo 608, pero en equidad tampoco resulta adecuado dejar en la indigencia a la exesposa. Dicho conflicto de intereses se considera no puede vulnerar el derecho del artículo 39 de la Constitución Española. En consecuencia, se desestima dicho motivo del recurso.

TERCERO.- Como segundo motivo del recurso se alega una infracción del artículo 560 de la LEC por vicio de incongruencia al no convocar la comparecencia previa prevista en dicho artículo cuando se presentan documentos. Al respecto, examinado el testimonio aportado, se aprecia que efectivamente el ejecutante solicitó dicha comparecencia, y sobre la misma no recayó resolución expresa, si bien en providencia de uno de junio de 2.004 implícitamente fue denegada, al determinar que quedasen los autos pendientes de resolver, y contra dicha resolución el ahora recurrente ni siquiera interpuso recurso de reposición, con lo cual tácitamente se conformó con el contenido de la misma, y ahora no puede manifestar hipotéticas infracciones procedimentales que debió impugnar en su momento. Se destaca que transcurrió tiempo suficiente para interponer dicho recurso entre la fecha en la que se notificó dicha resolución (2 de junio) hasta que se dictó el auto recurrido (4 de julio). Por tanto, cabe desestimar dicho motivo del recurso.

CUARTO.- El recurrente reitera una extensa argumentación con presentación de diversas cartas y faxes de los que deduciría un acuerdo entre las partes de que la pensión compensatoria, a pesar de la cuantía citada en la sentencia, se reduciría a la suma de 1.000 euros al mes. Dichos documentos, aparte de no reunir los requisitos del artículo 556 LEC , lo único que ponen de relieve es la existencia en algún momento de una relación que pudiese considerarse como de cordial entre los dos cónyuges, pero en momento alguno cabe inferir una renuncia expresa, clara y terminante de la ejecutante a recibir una parte de las pensiones compensatorias establecidas en su favor ni los aumentos fijados en el propio título de ejecución, y las circunstancias de restricciones de circulación de divisas habidos en Uruguay, -lugar de residencia de la ejecutante-, en modo alguno suponen dicha renuncia, sin perjuicio de que no se acredita con claridad cual es el sistema utilizado de remisión de cantidades, siendo lo más relevante que no consta la renuncia por parte de la ejecutante ni al exceso ni a los incrementos conforme al IPC. El hecho de que durante unos años, sin transcurso del plazo de prescripción, la ejecutante no hubiere instando la actualización de las pensiones, en modo alguno comporta un renuncia a percibir tales incrementos, ni un acuerdo tácito expreso de renuncia a la percepción de los mismos.

QUINTO.- El recurrente reitera la compensación de la suma reclamada con la suma abonada por el deudor al abonar el importe de un seguro médico de la exesposa. Ciertamente, el demandado ha acreditado el abono de dichas cantidades, que parece ser, según consta en la resolución recurrida y esta Sala desconoce, pues no consta en autos el convenio de separación que se deja sin efecto por el convenio de divorcio, provienen del primer convenio y han sido dejadas sin efecto por el de divorcio, cuya ejecución ahora se solicita, con lo cual nos hallamos ante el abono de unas sumas a las que había dejado de hallarse obligado, de modo que por exclusión cuando una persona cumple una prestación sin hallarse obligada a ello, o con una obligación que ya ha cesado, y sin que consten indicios de existencia de un error, debemos considerarlo como una mera liberalidad. Además el artículo 556 LEC no contempla la compensación entre los motivos de oposición tasada, y no consta sea consecuencia de un pacto o transacción entre las partes que conste en documento público, ni



quiera el motivo de tan extraño pago cuando la sentencia de divorcio ya había dejado sin efecto la obligación de su pago.

SEXTO.- El recurrente considera que las actualizaciones sólo pueden tener efecto desde la fecha de la solicitud, lo que implícitamente supondría una imposibilidad de que la ejecutante pueda reclamar actualizaciones previstas en el título de ejecución, para lo cual no consta norma legal en este sentido que exija tal requisito, y del propio título no se supedita la actualización de cada anualidad a que lo solicite la parte expresamente. Por tanto, se confirma el criterio mantenido por el Juzgador de instancia, con desestimación íntegra del recurso de apelación.

SEPTIMO.- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el artículo 398, de la L.E.C. no se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada en atención a la cuestión argumentada en el fundamento segundo de esta resolución sobre la que se estima concurren dudas de derecho, motivo por el cual la Sala considera oportuno hacer uso de la facultad recogida en el artículo 394 de la LEC para no efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada.

PARTE DISPOSITIVA

1) DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D. Jesús Molina Rodero, en nombre y representación de D. Juan Manuel , contra la resolución de fecha 7 de julio de 2.004 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma, en los autos Juicio de ejecución de divorcio, de los que trae causa el presente Rollo.

2) DEBEMOS CONFIRMAR dicha resolución en todos sus extremos.

3) No se efectúa expresa imposición de las costas de esta alzada.

Así por este nuestro auto, del que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.