

## EDJ 2007/220121

AP Asturias, sec. 6ª, A 4-6-2007, nº 73/2007, rec. 224/2007

Pte: Rianza García, Jaime

### Resumen

*Contra el auto de instancia, que desestimó el recurso de reposición, la AP estima el recurso de apelación interpuesto por el esposo demandado, revoca dicha resolución, y en su lugar, condena a la esposa actora ejecutante a devolver la cantidad recibida en concepto de pensión compensatoria. En la ejecución de la pensión compensatoria, aunque el recurso no provoque la suspensión de la ejecución, ésta no es definitiva sino que sigue siendo provisional hasta que el tribunal que conoce de la apelación no desestime el recurso. Por tanto cuando es revocada, el ejecutante debe abonar la cantidad percibida.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
art.525 , art.533 , art.751 , art.752 , art.774.5

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	1
FALLO .....	2

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

#### Pensión compensatoria

#### Concepto

#### Supresión

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Ejecutado,Esposo divorciado; Desfavorable a: Ejecutante,Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Divorcio

#### Legislación

Aplica art.525, art.533, art.751, art.752, art.774.5 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.771.4 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo dictó resolución en fecha 30-11-06 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se DESESTIMA el Recurso de Reposición interpuesto por la Procuradora Sra. Santiago Cuesta en nombre y representación de D. Tomás, contra la Providencia de fecha 30 de octubre de 2006; y en consecuencia, se confirma en su integridad lo acordado en la resolución recurrida.

Con imposición de costas devengadas por el recurso, a la parte recurrente."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución previa su preparación en plazo se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las demás partes conforme a lo dispuesto en el art. 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo, remitiéndose a esta Sección los autos originales, señalándose para votación y fallo el día 30-5-07.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución recurrida repelió la pretensión del ejecutante para que se conminara a la apelada a la devolución de la cantidad recibida en concepto de pensión compensatoria mientras se tramitó el recurso de apelación por entender la Juez a quo que la sentencia de apelación no había declarado extinguido ese derecho retroactivamente; frente a ella se alza el recurso de apelante en el que insiste en que la ejecución del pronunciamiento sobre pensión compensatoria fue meramente provisional en consonancia con lo dispuesto en el artículo 525.1.1ª de la L.E.C EDL 2000/77463 . y por tanto, de conformidad con el artículo 533 de ese mismo texto legal la apelada venía obligada a la devolución de lo percibido indebidamente durante la tramitación del recurso.

SEGUNDO.- El recurso plantea nuevamente la aparente antinomia entre el artículo 525.1.1ª y el 774.5 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., que ha llevado a algunos Tribunales a reducir la eficacia del primero a la imposibilidad de la ejecución provisional del pronunciamiento sobre estado civil y a otros a distinguir entre las medidas reguladoras de las obligaciones y relaciones patrimoniales, que serían susceptibles de ejecución provisional, de las demás que se ejecutan de forma definitiva pues no existe posibilidad de devolver a las partes al momento anterior.

Pues bien, en trance de resolver el recurso convendrá tener presente que en el específico campo del derecho de familia en que nos movemos lo ordinario es que las partes promuevan una serie de resoluciones, unas con carácter provisionalísimo, otras meramente provisionales y finalmente otras que son definitivas, todas las cuales regulan las consecuencias de la crisis matrimonial y se van sucediendo unas a otras en el tiempo; es evidente que el legislador propugna la ejecutividad inmediata de aquella que en cada momento sea la última de las pronunciadas, probablemente por reputar que es la que se adopta con más elementos de juicio y la que mejor se adecua a la cambiante situación de la familia, cuanto más que, con arreglo al artículo 752 de la L.E.C EDL 2000/77463 ., el Tribunal podría haber tenido en cuenta aquellas novedades sobrevenidas durante la tramitación del pleito.

Así vemos como el artículo 771.4 de la L.E.C EDL 2000/77463 . dice que no se dará recurso alguno contra el auto que acuerda las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio del no son susceptibles de recurso; a su vez el artículo 772 prevé que si la parte interpone demanda de nulidad, separación o divorcio en el plazo de los treinta días siguientes cabe que el juez que conoce del pleito las confirme, que las complete o modifique alguno de sus pronunciamientos pero, cualquiera que sea su decisión, nuevamente nos encontramos que su resolución es irrecurrible.

Por su parte el artículo 773.3 reitera idéntico régimen cuando señala que el auto de medidas provisionales derivadas de la admisión de dicha demanda provisionales tampoco es susceptible de recurso alguno, a lo que añade que las mismas quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5)

No sucede lo propio con las medidas definitivas incluidas en la sentencia de instancia, que sí son susceptibles de recurso, bien es cierto que con la peculiaridad de que, con arreglo al artículo 774.5, aquel no suspenderá la eficacia de las que se hayan acordado en la resolución impugnada y con ello llegamos al meollo de la controversia pues cada parte hace una lectura diferente de este precepto.

Ahora bien, lo primero que debe decirse es que, pese a su aparente generalidad, el apartado quinto comentado no comprende la totalidad de las medidas definitivas que puede contener la sentencia desde el momento que debe ponerse en relación con el apartado cuarto, que solo se refiere a las que necesariamente debe incluir aquella, esto es las de orden público concernientes "a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas"; así pues ni la literalidad de ese apartado, ni su integración con los demás del precepto que nos ocupa autorizan una interpretación expansiva, cuanto más que la pensión compensatoria es materia de libre disposición de las partes y sometida en consecuencia al régimen general de justicia rogada, disponibilidad del proceso y preclusión de la fase de alegaciones, según es de ver en los artículos 751.3 y 752.4 de la L.E.C EDL 2000/77463.; este último extremo es especialmente importante a los efectos debatidos pues, a diferencia de lo que ocurre con las medidas de orden público, el Tribunal de apelación nunca podrá escapar a la función estrictamente revisora que le es consustancial y que sin embargo se excepciona para aquellas de suerte que en relación a las novedades sobrevenidas después de dictada la sentencia de instancia actúe en realidad como órgano de primer nivel.

Sentada esa premisa, tendremos que convenir con el apelante que en la ejecución del pronunciamiento sobre pensión compensatoria el legislador vuelve al régimen general, de forma que, aunque el recurso no provoque necesariamente la suspensión de la ejecución, esta no será definitiva, antes bien seguirá siendo provisional en tanto el Tribunal que conoce de la apelación no desestime el recurso y, por ende, cuando es revocada podrá el ejecutado accionar en los términos del artículo 533 de la L.E.C. EDL 2000/77463

En cambio, en el concreto ámbito del artículo 774.5, esto es si lo que se cuestionara fuera el resultado adverso a alguno de los pronunciamientos que necesariamente debe adoptar el juez de familia por razones de orden público, la conclusión habría sido exactamente la contraria por cuanto aquel precepto debe primar por razones sistemáticas y de especialidad sobre las reglas generales en materia de ejecución provisional y ello nos lleva a considerar que, en esos particulares, la ejecución en materia de familia se rige por su normativa propia específica y sin retroactividad posible, cualesquiera que sean las modificaciones introducidas respecto de la situación anterior; en este orden de cosas tan significativo es que el ejecutado no pueda optar por la subsistencia de las medidas provisionales, como que el ejecutado tampoco pueda plantear oposición a la ejecución provisional en los términos del artículo 528, ni menos aún la suspensión de la ejecución. Procede por consiguiente estimar el recurso, bien es cierto que habida cuenta de la existencia de posiciones dispares en la jurisprudencia menor, no se hará condena en costas en ninguna de las instancias.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo ha dictado la siguiente

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Tomás contra el auto dictado el 30 de noviembre de 2.006 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo en el procedimiento de que este rollo dimana debemos revocar dicha resolución condenando a Dª Mari Luz a la devolución de los SEISCIENTOS EUROS (600 €) recibidos en concepto de pensión compensatoria, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

Así por este su auto, lo manda y firma el tribunal, de lo que yo, Secretario, doy fe.

E/

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 33044370062007200014