



Roj: **AAP C 23/2023 - ECLI:ES:APC:2023:23A**

Id Cendoj: **15030370042023200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **09/02/2023**

Nº de Recurso: **674/2022**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 de A CORUÑA Modelo: S40010 DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

-

Teléfono: 981182091 **Fax:** 981182089 **Correo electrónico:**

Equipo/usuario: JL

N.I.G. 15030 42 1 2000 0300781 **ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000674 /2022** **Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de A CORUÑA **Procedimiento de origen:** EFM EJECUCION FORZOSA EN PROCESOS DE FAMILIA 0000097 /2019

Recurrente: Landelino Procurador: MONICA VAZQUEZ COUCEIRO Abogado: FELIX ANGEL SUAREZ DE LA FUENTE Recurrido: Piedad Procurador: LUIS SANCHEZ GONZALEZ Abogado: MARIA DEL CARMEN ALARCON PRIETO

AUTO

Magistrados lltmos. Sres.:

PABLO SÓCRATES GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN ZULEMA GENTO CASTRO EDUARDO FERNANDEZ-CID TREMOYA LORENA FERNÁNDEZ MÁRQUEZ.

A Coruña, a nueve de febrero de dos mil veintitrés

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Correspondió a esta sección de la AP el recurso de apelación interpuesto por don Landelino contra un auto de fecha 29 de enero de 2021 dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de A Coruña (de Familia), que desestimó el recurso de reposición que, en el marco de una ejecución de títulos judiciales, había interpuesto como ejecutado contra una decisión anterior de embargo de su **pensión** de jubilación en aseguramiento del pago futuro de la **pensión compensatoria** que debe a la ejecutante, doña Piedad, en virtud de una sentencia de separación matrimonial de 11 de enero de 2002, revisada y confirmada en su importe actualizado y carácter indefinido por otra sentencia del mismo juzgado de 27 de noviembre de 2020, confirmada en apelación por esta misma sección de la AP por sentencia de 18 de marzo de 2021.

2. Tras la deliberación del recurso señalada para el día 10 de enero de 2023 la sala acordó, de conformidad con lo establecido en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la **Ley** orgánica del Poder Judicial y en el artículo 35 de la **Ley** orgánica del Tribunal Constitucional, con suspensión de la tramitación del recurso, dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común e improrrogable de diez días acerca de la pertinencia de plantear al Tribunal Constitucional la cuestión relativa a la inconstitucionalidad del artículo 607 de la LEC en su proyección sobre la efectividad del derecho reconocido a uno de los cónyuges en una sentencia de separación o divorcio a percibir del otro una **pensión compensatoria** por desequilibrio económico (artículo 97 CC) y, en particular, sobre la compatibilidad de la norma legal aplicable al caso -supuesto que no lo es el artículo 608 LEC, que se refiere a **pensiones** alimenticias- con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE) y con el derecho a la **igualdad** sin discriminación (Artículo 14 CE).



3. Dentro del plazo concedido se recibieron los escritos de alegaciones del apelante y de la apelada. La representación del ejecutado y apelante Sr. Landelino pone de manifiesto el diferente tratamiento que las **pensiones** alimenticias y la **compensatoria** tienen no solamente en la LEC sino también en la legislación concursal (la referencia, expresamente al artículo 147. 3, ha de entenderse hecha al apartado 3 del artículo 124 del RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) y en la **Ley** 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo cual a su vez es reflejo de su diferente naturaleza, como reiteradamente ha destacado la jurisprudencia del TS. La representación de la ejecutada y apelada, Sra. Piedad, argumentó en línea con la duda jurídica expresada por la sala, especialmente en casos como el presente en los que la **pensión compensatoria** acordada "tiene un claro componente alimenticio, dado que doña Piedad carecía y carece de cualquier tipo de ingresos, razón también por la que se desestimó la demanda de modificación de medidas que presentó el Sr. Landelino (Autos de MMC nº. 76/2020 y recurso 205/21)".

4.- El Ministerio Fiscal no presentó escrito de alegaciones

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Antecedentes relevantes y objeto del recurso

1. En el marco de la ejecución de títulos judiciales número 97/19 del Juzgado de Primera Instancia Número Tres de A Coruña (Juzgado de Familia), por providencia de fecha 16 de septiembre de 2020 acordó el juzgado dirigir oficio al INSS para que, con cargo a la **pensión** de jubilación que percibe don Landelino, procediese a retener mensualmente la cantidad de 428,51 € como medida de aseguramiento de la **pensión compensatoria** que tiene derecho a percibir doña Piedad, ordenando el juzgado a la entidad pagadora el ingreso mensual de la suma retenida directamente en la cuenta de la ejecutante. "Todo ello -dice la providencia- en aplicación del artículo 608 de la LEC".

2. Con anterioridad a la providencia se había recibido en el juzgado información sobre la **pensión** que percibe el Sr. Landelino del INSS según la cual su importe ascendía por entonces a 1.439,40 € mensuales, con catorce pagas al año.

3. El ejecutado, don Landelino, interpuso recurso de reposición contra la providencia del juzgado. El recurso reivindicaba el derecho del ejecutante a que fuesen respetados los límites de embargabilidad del artículo 607 LEC, e invocaba en favor de su tesis una resolución de la AP de A Coruña, Sección Quinta, así como la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza no alimenticia de la **pensión compensatoria**. Finalizaba solicitando la nulidad del embargo en lo que exceda de los límites de embargabilidad del artículo 607 de la LEC.

4. El recurso de reposición fue desestimado por auto del juzgado de fecha 29 de enero de 2021.

5. El Sr. Landelino interpuso recurso de apelación contra el auto del juzgado que, tras la estimación por la Audiencia de un recurso de queja, fue finalmente admitido a trámite, sustanciado con la parte apelada y remitido a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta sección Cuarta. El recurso de apelación del ejecutado insiste en su planteamiento anterior, esto es, en la necesidad de que se respeten los límites de embargabilidad del artículo 607 LEC por carecer la **pensión compensatoria** de naturaleza alimenticia, lo que hace inaplicable el artículo 608 LEC en que se funda la providencia del juzgado, como consecuencia de lo cual el embargo acordado es nulo.

6. La **pensión compensatoria** reconocida a favor de doña Piedad y a cargo de don Landelino procede de una sentencia de separación matrimonial de 11 de enero de 2002; su importe inicial fue de 300,00 € mensuales. Tras pasar el obligado a la situación de jubilación, promovió éste un procedimiento de modificación de medidas que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de A Coruña con el nº. 76/2020, y que finalizó con sentencia desestimatoria de 27 de noviembre de 2020 según la cual: "de lo acreditado se desprende: a) la falta de cotizaciones impide a la esposa acceder a una **pensión** de jubilación contributiva; b) la esposa se dedicó a la familia, incluida la crianza de los hijos del matrimonio; c) la esposa, no está en condiciones de acceder al mercado laboral de un modo pleno, por su edad, estado de salud y falta de cualificación profesional y de **pensión**, como disfruta el esposo". La sentencia del juzgado fue confirmada en apelación por la de 18 de marzo de 2021 dictada por esta misma sección Cuarta de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO .- La norma legal aplicable al caso: Art. 607 LEC . La **pensión compensatoria por desequilibrio. Naturaleza jurídica.**

7. Como argumenta la parte apelante, la norma aplicable al caso es el artículo 607 de la **Ley** de enjuiciamiento civil. Con arreglo a su apartado 1 es inembargable el salario, sueldo, **pensión**, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. Como la **pensión** de jubilación del Sr. Landelino no supera dos veces el SMI, el límite embargable sería en este caso el 30% de esa primera cuantía



adicional, conforme a lo previsto en el apartado 2 1º del mismo artículo. No consta el importe actual de la **pensión** del INSS que percibe el obligado, pero suponiendo que su importe mensual fuese el del año 2021 (1.439,40 €), con un SMI vigente en 2021 de 965,00 € al mes (RD 817/2021, de 28 de septiembre), la medida de aseguramiento no podría exceder bajo esas condiciones de 142,32 € en los meses sin paga extra.

8. La **pensión compensatoria** por desequilibrio (artículo 97 del Código civil) no es una **pensión** alimenticia, según reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo. La STS 407/2008, de 29 de junio, destaca que su dimensión *"es distinta de la **pensión** alimenticia, dado que mientras esta tiende a cubrir necesidades subsistenciales, aquella tiene carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición económica de uno de los cónyuges, respecto a la conservada por el otro, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio, que tiende específicamente a evitar que la ruptura o cesación de la vida conyugal suponga para uno de los esposos un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esa relación con independencia de la situación de necesidad mayor o menor del acreedor"*. *" No se trata de una **pensión** de alimentos"*, dice tajantemente la STS 236/2018, de 17 de abril, con cita de las SSTs de 22 de junio de 2011 y 18 de marzo de 2014, a su vez citadas en la más reciente STS 100/2020, de 12 de febrero, que contiene una amplia reseña de resoluciones del TS sobre la caracterización de la **pensión compensatoria**.

9. No puede ser de aplicación al caso, por ello, el artículo 608 de la LEC, que permite superar los límites de embargabilidad en la cuantía que fije el juez cuando se procede en ejecución de sentencia, o cautelarmente, para hacer efectivo el "pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la **Ley**, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan".

10. En la práctica de los tribunales, anterior incluso a la actual LEC, se acude en ocasiones a la norma del artículo 608 LEC cuando la **pensión compensatoria** cumple, en el caso particular, una función alimenticia, es decir, cuando se trata del único o el principal medio de subsistencia con que cuenta la perceptora. Incluso se ha postulado una interpretación del precepto que, sin consideración a la concreta situación de la acreedora, supere su tenor literal y permita extenderlo *" 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 artículo 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"* (el entrecomillado procede de varios autos de la Sección 10ª de la AP de Valencia, p.ej., 308/2020, de 4 de junio, o 161/2012, de 8 de mayo).

11. A criterio de esta sala, una interpretación del artículo 608 de la LEC que permita su aplicación a la **pensión compensatoria** excede de los márgenes y de los instrumentos que acota el artículo 3. 1 del Código civil. Que la **pensión compensatoria** pueda ocasionalmente consistir en el medio único o principal de subsistencia de la acreedora, no permite ignorar que no se trata de una obligación de pagar alimentos que *nazca directamente de la **ley***, aparte de que esa misma circunstancia podría invocarse o detectarse en otros muchos supuestos en los que el acreedor no dispone de otro medio de subsistencia que la prestación que le debe su deudor. Si el sentido propio de las palabras es el punto de partida de toda interpretación (art. 3.1 del CC), es pertinente recordar que el texto del artículo 608 LEC fue recientemente revisado por el legislador, con ocasión de la reforma de la **Ley** 15/2015, de 2 de julio, y tras la reforma sigue refiriéndose exclusivamente a la ejecución de "sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la **Ley**". Ciertamente es que no se ha corregido la relativa impropiedad de la referencia a "pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos", siendo así que nunca se podrán fijar alimentos a favor de un cónyuge en sentencias de nulidad o divorcio; pero en el criterio de esta sala esa referencia no permite asentar una solución interpretativa que fuerza no solo el sentido propio de las palabras del precepto, sino también su espíritu y finalidad, porque al legislador de 2015 ya no pudo pasar desapercibido que reiterados pronunciamientos jurisprudenciales y estudios doctrinales de los últimos años diferenciaban nítidamente la **pensión compensatoria** de la obligación de pagar alimentos. No debemos olvidar, por último, que el cónyuge en cuya compañía quedan los hijos menores es ordinariamente el acreedor de la **pensión** alimenticia debida por el otro progenitor, establecida en la sentencia como contribución al sostenimiento de los hijos comunes, lo que acaso explique mejor la referencia que contiene el precepto.

12. Es una evidencia que, en la mayor parte de los casos, la acreedora de la **pensión compensatoria** tras una sentencia de separación o divorcio es la mujer. En el diseño legal mismo de las circunstancias del artículo 97 pesa con claridad el rol que tradicionalmente se ha atribuido a la mujer en el matrimonio, el sacrificio de sus posibilidades de promoción laboral o profesional en beneficio de la casa, de los hijos y la familia, favoreciendo con ello que el marido alcance o consolide una posición que, a partir de la ruptura de la convivencia, conllevará en muchos casos para la mujer un deterioro de su posición económica en contraste con la que su cónyuge



conserva, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio. Pero ni siquiera desde esta perspectiva, que invoca a la **igualdad** de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico, para integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (interpretación *con perspectiva de género* que impone el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo), es posible llegar a una solución *contra legem*, como en nuestro criterio sería la que equiparase **pensión** de alimentos y **pensión compensatoria** para permitir la superación de los límites del artículo 607.

TERCERO.- Disfunciones derivadas de la aplicación del artículo 607 a la **pensión compensatoria, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la **igualdad sin discriminación**.**

13. El presupuesto de la **pensión compensatoria** es el desequilibrio patrimonial tras el cese de la convivencia y como consecuencia de esa ruptura. Los elementos del artículo 97 CC cumplen, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doble función de servir como determinantes del desequilibrio y como criterios para fijar el importe y la duración de la **pensión**. En una situación como la del litigio principal en la que los ingresos con los que se sostuvo la familia eran exclusivamente los del marido, primero por su salario y ahora por su **pensión** de jubilación, los términos actuales del subsistente desequilibrio son los de un cónyuge que ingresa mensualmente 1.439,40 € brutos y otro que carece de ingresos; bajo similares premisas se acordó en su día (año 2002) una **pensión compensatoria** a cargo del esposo, y de nuevo en consideración a esa misma situación ha sido recientemente confirmada la subsistencia e importe de la **pensión**, tras el intento de supresión/modificación que promovió el Sr. Landelino y que finalizó con la sentencia de esta sección de la AP de 18 de marzo de 2021.

14. Conforme a los elementos de análisis que resultan de la sentencia 113/1989, de 22 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional, es en primer lugar inaceptable que por vía de aplicación del artículo 607 LEC se haga inefectivo (o parcialmente inefectivo) el derecho de crédito que una sentencia ha reconocido a uno de los cónyuges valorando para ello, precisamente, la totalidad de los ingresos mensuales del otro, sin descontar, por lo tanto, la parte inembargable de los mismos. Sin dejar de reconocer que el derecho fundamental a que se ejecuten las sentencias firmes participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza al derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 de la CE), con lo que las concretas condiciones de su ejercicio corresponde establecerlas al legislador, la limitación legal (Art. 607 LEC) carece de justificación constitucional en su proyección sobre la **pensión compensatoria** del artículo 97 del CC, no responde a una razonable finalidad de protección de otros valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos. Si la regla general de inembargabilidad del artículo 607 tiene innegable fundamento constitucional, porque "*resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna*", esa intangibilidad sirve en este caso a una finalidad diferente e injustificable, esto es, permite neutralizar la eficacia de un derecho reconocido a uno de los cónyuges para paliar el desequilibrio de su posición en comparación con la del otro. Un derecho cuyo contenido económico se ha calculado en función de la totalidad de los ingresos mensuales de uno de los cónyuges que sustentaron la vida en común, se limita a continuación -en sede ejecutiva o cautelar- preservando a favor del obligado y en perjuicio de la acreedora la parte inembargable de esos mismos ingresos mensuales.

15. Por otra parte, aunque la **pensión compensatoria** no persiga igualar patrimonios, es indudablemente una institución que responde al reconocimiento de una concreta situación de desigualdad entre los cónyuges generada durante la convivencia matrimonial por razón de las circunstancias que la caracterizaron, y que incide particularmente sobre uno de ellos cuando se produce la ruptura por razón de la separación o el divorcio. Desde esta perspectiva, sirve a la preservación del derecho a la **igualdad ante la ley** sin discriminación (Artículo 14 CE) y, particularmente, a la **igualdad** jurídica entre los cónyuges que proclama el artículo 32. 1 de la CE y concreta el CC en su artículo 66. Consiguientemente, una norma legal que tiene el efecto de neutralizar la efectividad de la **pensión compensatoria** reconocida a uno de los cónyuges, favoreciendo inicuaamente a quien ha sido judicialmente condenado a compartir con el otro los beneficios de su posición tras la ruptura de la convivencia, resulta ser también contraria al derecho fundamental a la **igualdad ante la Ley**. Es pertinente recordar aquí, de nuevo, las circunstancias sociológicas que están en el origen de la institución de la **pensión compensatoria** y a las que ya hemos hecho referencia en el párrafo 12 de estos razonamientos jurídicos, porque el resultado de la aplicación del artículo 607 LEC es, en este contexto, el de la consagración de una injustificable discriminación indirecta por razón de sexo. La norma perjudica particularmente a las mujeres, porque son normalmente mujeres -en muchos casos sin recursos propios, con pocas o nulas posibilidades de acceso a un empleo- las acreedoras frente a su cónyuge o ex cónyuge de la **pensión compensatoria** por desequilibrio; y lo hace restando o anulando la efectividad de un derecho que le ha sido judicialmente reconocido precisamente por razón de la concreta desigualdad en que el desequilibrio consiste. El enfoque que impone el principio de la transversalidad de la perspectiva de género nos revela que el resultado al que conduce la aplicación de la norma legal cuestionada es también inaceptable desde la consideración del derecho fundamental a la **igualdad** sin discriminación.



16. Es cierto que, como apunta la parte apelante, la **pensión compensatoria** recibe un trato diferencial frente a la **pensión** de alimentos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como por ejemplo en el Texto refundido de la **Ley** concursal (RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) o en la **Ley** 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Con ello, sin embargo, únicamente se pone de manifiesto la distinta naturaleza jurídica de las dos instituciones, que es algo que este tribunal no cuestiona. Lo que hemos tratado de argumentar es que la aplicación de la regla general de inembargabilidad del artículo 607 a la ejecución o el aseguramiento del derecho a la **pensión compensatoria** resulta contraria a los artículos 24 y 14 de la CE. La norma procesal es la única aplicable a nuestro litigio y no estamos, por ello, autorizados a cuestionar **ante** el TC otras diferentes.

CUARTO.- Planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

17. El artículo 35 de la **Ley** orgánica del Tribunal Constitucional establece que cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de **Ley** aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta **Ley**.

18. De lo hasta ahora expuesto se deriva que este tribunal cuestiona la constitucionalidad del artículo 607 de la **Ley** de enjuiciamiento civil en su proyección sobre la ejecución o el aseguramiento cautelar del derecho a percibir una **pensión compensatoria** por desequilibrio, judicialmente reconocido en una sentencia de divorcio o separación a favor de uno de los cónyuges frente al otro. Consideramos que la norma legal es, en las expresadas circunstancias, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del **artículo 24** de la Constitución, que abarca el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten (Art. 24. 1, 117. 3 y 118 de la Constitución), y contraria también al derecho fundamental a la **igualdad ante la ley**, sin discriminación por razón de sexo (**Artículo 14** de la Constitución), porque discrimina indirectamente a las mujeres, a las que particularmente perjudica negando o restando efectividad al derecho compensatorio que sirve para paliar el desequilibrio que soportan, tras el cese de la convivencia, por razón del rol que han asumido en el reparto de tareas propio de la estructura familiar tradicional.

19. La cuestión se ha suscitado cuando el recurso de apelación está pendiente de resolución y dentro del plazo para dictarla, tras oír a las partes. El Ministerio Fiscal, como ya hemos indicado, no ha dirigido escrito de alegaciones a la sala dentro del plazo concedido.

PARTE DISPOSITIVA

La sala acuerda, con suspensión del recurso de apelación, plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de la inconstitucionalidad del artículo 607 de la **Ley** de enjuiciamiento civil (embargo de sueldos y **pensiones**) en su proyección sobre la ejecución o el aseguramiento cautelar del derecho a percibir una **pensión compensatoria** por desequilibrio, judicialmente reconocido en una sentencia de divorcio o separación a favor de uno de los cónyuges frente al otro, por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del **artículo 24** de la Constitución, que abarca el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten (Art. 24. 1, 117. 3 y 118 de la Constitución), y al derecho fundamental a la **igualdad ante la ley**, sin discriminación por razón de sexo (**Artículo 14** de la Constitución).

Conforme a lo establecido en el artículo 36 de la LOTC, remítase a la mayor brevedad al Tribunal Constitucional testimonio de los autos principales, encabezado con los de esta resolución y de los escritos de alegaciones que las partes han presentado en el trámite de audiencia.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Así por este auto lo pronuncia, manda y firma el Tribunal en el lugar y fecha arriba indicados. Doy fe.-

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las **leyes**.