



Roj: **AAP ZA 10/2011 - ECLI: ES:APZA:2011:10A**

Id Cendoj: **49275370012011200009**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2011**

Nº de Recurso: **386/2010**

Nº de Resolución: **11/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JESUS GARCIA GARZON**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE
ZAMORA**

Sección 001

Domicilio : C/SAN TORCUATO

Telf : 980559435-980559411

Fax : 980530949

Modelo : 180250

N.I.G.: 49275 37 1 2010 0100839

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000386 /2010

Juzgado procedencia : JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 5 de ZAMORA

Procedimiento de origen : EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0000405 /2010

RECURRENTE : Modesto

Procurador/a : ELENA ROSA FERNANDEZ BARRIGON

Letrado/a : FIDEL ALDEA LEIRAS

RECURRIDO/A : Eulalia

Procurador/a : MANUEL DE LERA MAILLO

Letrado/a : FRANCISCO FERNANDEZ MARTINEZ

AUTONº 11

Il'tmos/as. Sres/as.:

Presidente D. LUIS BRUALLA SANTOS FUNCIA.

Magistrado D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN.

Magistrada D. ANDRÉS MANUEL ENCINAS BERNARDO.

En ZAMORA, a 10 de febrero de 2011.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de ZAMORA, los Autos de PROCEDIMIENTO de EJECUCIÓN DE TÍTULOS JUDICIALES nº 405/10, procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION Nº 5 de Zamora, a los que ha correspondido el **Rollo nº 286/10**, en los que aparece como parte *apelante* D. **Modesto** representado por el procurador Dª ELENA ROSA FERNÁNDEZ BARRIGÓN, y asistido



por el Letrado D. FIDEL ALDEA LEIRAS, y como *apelados* D^a. Eulalia Y D. Baltasar representados por el procurador D. MANUEL DE LERA MAILLO y asistidos por el letrado D. FRANCISCO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, sobre oposición a la ejecución formulada por Modesto .

Siendo Magistrado/s Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D. PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN.

HECHOS

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1^a. Instancia de Zamora, se dictó auto con fecha 18 de octubre de 2010 en el procedimiento de Ejecución de Títulos Judiciales nº 405/10, y en el que se acordaba: PARTE DISPOSITIVA: "S.S^a ACUERDA: Desestimar totalmente la oposición a la ejecución formulada por Modesto , frente al ejecutante Eulalia y otros declarando procedente que la ejecución siga adelante por las cantidades despachadas, debiendo la parte ejecutada hacer frente al pago de tal suma más la correspondiente a los intereses prevenidos, y hasta el completo y efectivo pago de la cantidad debida, con imposición de las costas ocasionadas en este trámite a la parte opositora a la ejecución."

SEGUNDO . - Por la representación procesal de D. Modesto se presentó escrito por el que se tiene por preparado recurso de apelación contra el auto dictado en fecha 18 de octubre de 2010, acordándose mediante providencia emplazar a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga ante el Tribunal de la instancia, donde una vez interpuesto, y presentados en su caso, los escritos de oposición o impugnación se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Recibidos los autos en la Audiencia, se formó el respectivo rollo de apelación, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba ni la celebración de vista, ni considerarla necesaria el Tribunal, pasaron las actuaciones al mismo para dictar la resolución procedente, señalándose el día *10 de febrero de 2011*, para votación y fallo.

CUARTO .- En la tramitación de esta instancia, se cumplido las prescripciones y términos legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .-Aceptamos los fundamentos de derecho del auto objeto del presente recurso en tanto no queden modificados o afectados de algún modo por los fundamentos de derecho de la presente resolución.

SEGUNDO .- La representación de los ejecutados interpone recurso de apelación contra el auto que desestimó la oposición con fundamento en un motivo: Infracción de los artículos 7 y 36 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, pues reconocido el derecho de asistenta jurídica gratuita de los ejecutados en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 405/10, dimanante de la tasación de costas realizada en virtud de sentencia condenatoria en tanto no se declara la mejora de fortuna de los ejecutados no cabe la ejecución sobre los bienes de los ejecutados.

TERCERO .- Despachada la ejecución para la exacción de las costas a que venían condenado los ejecutados, beneficiarios del derecho de justicia gratuita reconocido para el proceso del que dimana la condena en costas, se formula como causa de oposición, en resumen, si bien la oposición no lo expresa de esto modo, pero se deduce claramente de los hechos alegados la de "inviabilidad de abrir la vía ejecutiva cuando el ejecutante no presenta, junto con el auto firme de la tasación de costas, la declaración formal de que el condenado a su pago y litigante bajo el beneficio de justicia gratuita ha venido a mejor fortuna", lo que supone, en definitiva instar la nulidad radical del despacho de ejecución (*art. 559.1.3º LEC*) en relación con el artículo 36.2 de la L. A. J. G.

CUARTO .- El magistrado a quo se ha limitado, sin analizar a fondo el motivo concreto de oposición formulado, a desestimar la oposición limitándose a señalar que como los únicos motivos de oposición son los contemplados en el artículo 556 (pago, cumplimiento, caducidad y transacción), como no es ninguno de ellos los alegados por los ejecutados, desestima la oposición lo que constituye un claro supuesto de incongruencia omisiva al no contestar a la causa de nulidad alegada, pues el motivo concreto de oposición era que el reconocimiento del derecho de justicia gratuito no ha sido modificado por lo que los ejecutados siguen disfrutando del amparo de dicho derecho. En definitiva, están alegando la nulidad del despacho de ejecución al no acompañar con la demanda ejecutiva el correspondiente documento que reconozca que los ejecutados han venido a mejor fortuna.

Entendemos que al gozar la parte del beneficio de justicia gratuita, al tenerlo ya reconocido, la carga de probar que ha existido una mejora de fortuna correspondería a la parte que lo invoca, esto es a la parte contraria favorecida en costas. Pero es que, aceptando (en parte) los argumentos mantenidos por el ejecutado consideramos que el incidente de oposición al despacho de ejecución seguido para la exacción de las costas



procesales no es el procedimiento adecuado para determinar si se dan las circunstancias previstas en el referido art. 36.2, esto es para probar la mejora de fortuna, y ello por cuanto las causas de oposición previstas art. 556.1 L. E. C . son limitadas (pago o cumplimiento) lo impide.

Conviene precisar que el simple auto de aprobación de las costas procesales frente al condenado que goza del beneficio de justicia gratuita es manifiestamente insuficiente para lograr el despacho de ejecución por cuanto con base al mismo no se puede saber si efectivamente ha existido o no la mejoría de fortuna que posibilita la exacción y, mientras ello no se declare, el condenado beneficiario no tendrá obligación de satisfacerlas y por tanto no podrá ser compelido a su pago. Se hace por ello precisa la previa declaración de haber venido a mejor fortuna. En suma aquella resolución (aprobación de las costas) debe estar integrada por otra que acuerde en el sentido previsto en el tan reiterado art. 36.2 LAJG.

Aunque algunas resoluciones de distintas Audiencias Provinciales han entendido que existe un vacío legislativo en la LAJG al no prever el mecanismo procesal para lograr la declaración de mejoría de fortuna sosteniendo que tal declaración habrá de lograrse a través de la propia Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (así, *Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 4ª, A 12-11-2007, nº 155/2007, rec. 30/2007* ; *Audiencia Provincial de Cantabria, sec. 1ª, A 12-3-2004, nº 122/2004, rec. 167/2003*) nosotros nos alineamos con aquellas resoluciones que entienden que debe ser el propio órgano judicial que conoce del proceso de exacción de costas procesales quien debe declarar si se dan o no las circunstancias que enervan la exención de pago conforme al precepto reseñado (*Audiencia Provincial de Madrid, sec. 18ª, A 11-4-2005, nº 57/2005, rec. 649/2004* ; *Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 13ª, A 8-7-2009, nº 190/2009, rec. 698/2008* , entre otras). Y la forma de encauzar procesalmente dicha declaración no puede ser otra que a través del propio incidente de previo pronunciamiento en los términos previstos en los arts. 387 , 388 , 390 , 391.3 º, 392 y 393 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En consecuencia, no procederá el despacho de ejecución frente al condenado en costas titular del beneficio de justicia gratuita en tanto en el seno del propio proceso de ejecución iniciado a través del auto aprobatorio de la tasación de costas y antes del despacho no se declare, a través del proceso incidental de previo pronunciamiento, que el condenado ha venido a mejor fortuna en los términos, condiciones y presunciones establecidos en el art. 36 de la LAJG.

QUINTO. - Por lo anteriormente razonado siendo nulo el despacho de ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3º LEC) procede revocar la resolución apelada declarando la nulidad del auto de despacho de ejecución debiendo previamente concederse a la parte un plazo de diez días (art. 559.2 LEC) para que subsane el defecto advertido de no haber solicitado incidentalmente la declaración de mejoría de fortuna de la parte frente a la que dirige su ejecución.

SEXTO.- No procede hacer especial declaración sobre las costas causadas en ninguna de ambas instancias conforme a lo previsto en el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTEDISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora, doña Elena Rosa Fernández Barrigón en representación de don Modesto contra el auto de fecha dieciocho de octubre de dos mil diez, dictado pro el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Zamora, revocando dicha resolución que se deja sin efecto anulando el auto por el que se despachó ejecución de tres de junio de dos mil diez y actuaciones posteriores debiéndose conceder por el referido Juzgado a la parte ejecutante, el plazo de diez días para que puedan presentar escrito planteando la cuestión incidental de mejoría de fortuna bajo apercibimiento de denegación del despacho d ejecución en los términos previstos en el art. 552 LEC .

No ha lugar a hacer en ninguna de las dos instancias expreso pronunciamiento sobre costas.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. arriba referenciados. Doy fe.