



Roj: **AAP B 6113/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6113A**

Id Cendoj: **08019370122018200370**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **1109/2017**

Nº de Resolución: **396/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL TOMAS GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0820042120158176676

**Recurso de apelación 1109/2017 -R2**

Materia: P.S. oposición a la ejecución

**Órgano de origen:Servicio común procesal de ejecución Sant Boi de Llobregat (sección civil)**

**Procedimiento de origen:Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 3728/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Elvira

Procurador/a: Maria Jose Alcolea Cañas

Abogado/a: JUAN FRANCO RAMIREZ

Parte recurrida: Cristobal

Procurador/a: Encarnacion Perez Nofuentes

Abogado/a: MARIA CRISTINA TORRES HUG

**AUTO Nº 396/2018**

Doña M<sup>a</sup> Gema Espinosa Conde

Don Vicente Ballesta Bernal

Doña Maria Isabel Tomas Garcia (Ponente)

En Barcelona, a 27 de septiembre de 2018

La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona formada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba identificados ha visto en grado de apelación el INCIDENTE DE OPOSICIÓN abierto en el procedimiento de **EJECUCIÓN DINERARIA 3.728/16** seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Sant Boi de Llobregat, por demanda de DOÑA Elvira , representada por la Procuradora sra. Alcolea y defendida por el Abogado sr. Franco, contra DON Cristobal , representado por la Procuradora sra. Pérez y defendida por la Abogada sra. Torres, y que pende ante nosotros por virtud del recurso interpuesto por la ejecutante contra el Auto dictado en dicha incidencia en fecha 12 de enero de 2.017 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,



## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Contra el Auto estimatorio del incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo abierto en el proceso arriba reseñado, la ejecutante se alzó en apelación y previo traslado a la contraparte, ambas han comparecido en tiempo y forma ante la Superioridad.

**Segundo.-** Recibidas las actuaciones en esta Sección, descartamos la necesidad de celebración de vista y señalamos día y hora para la sesión de deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el 27/9/18.

**Tercero.-** En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal la magistrada doña Maria Isabel Tomas Garcia, que actúa como ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DOÑA Elvira CONTRA EL AUTO DE 12 DE ENERO DE 2.017 .**

La ejecutante abre la segunda instancia jurisdiccional para denunciar las infracciones -procedimentales y de fondo- que a su juicio habría cometido el Juzgado en el Auto que concluye, en sentido estimatorio con imposición de costas a la ejecutante, el incidente de oposición a la ejecución instada por ella por demanda de 18 de julio de 2.016 con base en el Auto de medidas de 3 de marzo de 2.016 en el que, por lo que aquí interesa, se impone la obligación del sr. Cristobal de abonar 350€/mes en concepto de alimentos para el hijo común, con efectos retroactivos desde la reclamación en 23/9/15.

*I.- Infracción de los arts. 24.1 C.E. y 558.2.II LECivil, por no haber convocado a las partes a vista ante la alegación de pluspetición, y del art. 218.1 LECivil, por no haber resuelto el Auto definitivo todas las cuestiones suscitadas en el escrito de impugnación de la oposición.*

El motivo así enunciado se desestima, fundamentalmente por no haber colmado la recurrente la carga impuesta por el art. 459 LECivil para denunciar en la alzada la posible comisión de irregularidades procesales:

1º- Falta de celebración de vista.

La hoy apelante se aquietó ante la Diligencia de 5/1/17 (folio 28) en la que la Letrada de la Administración de Justicia ordenaba pasar el incidente de oposición al Juez para resolver eludiendo la convocatoria de vista. Esa falta de reacción por parte de la sra. Elvira impide decretar la nulidad de actuaciones, con los efectos que produce, más teniendo en cuenta que la controversia sobre las pensiones alimenticias exigibles y abonadas está perfectamente documentada lo que hacía innecesaria la práctica de las pruebas personales a que se refiere el motivo lo que descarta la concurrencia de indefensión, requisito ineludible para anular el proceso.

2º.- Falta de respuesta a algunas de las pretensiones de la ejecutante.

La ausencia de respuesta por parte del órgano judicial a las pretensiones oportunamente articuladas por las partes constituye una modalidad de la falta de congruencia externa -incongruencia omisiva ( SsTS. de 10/12/04 y 5/2/09 citadas por la de 7/11/12)-, requisito exigido a la Sentencia y a los Autos por el art. 218.1 LECivil ( SsTS de 18/06/07, 17/03/08 y 20/05/09), con relevancia constitucional ( STC 9/98 de 13 de enero) por ser salvaguarda del derecho defensivo ( art. 24 C.E. y STS de 24/5/2017). Pues bien, **de entender** la sra. Elvira **que la cuestión controvertida había quedado sin respuesta por el Auto de primer grado, aquélla tenía la carga de** recabar del Juzgado que supliera esa presunta deficiencia en base a lo dispuesto en el art. 215.2 LECivil en relación al último inciso del art. 459 de la misma norma y copiosa jurisprudencia ( SsTS de 16/12/08, 11/11/10, 29/11/11, 18/2/13 y 2/11/17). Si no postuló una decisión expresa sobre la cuestión presuntamente omitida, no habría resolución alguna de primera instancia susceptible de revisión por parte de este tribunal de apelación ( art. 456.1 LECivil).

*II.- Error en la valoración de la prueba documental al considerar concurrente al tiempo de la interposición de la demanda ejecutiva el motivo de oposición de pago o cumplimiento de la obligación impuesta en el título judicial tipificado en el art. 556.1 LECivil .*

El motivo así enunciado se estima. Para alcanzar este resultado partimos de los siguientes antecedentes procesales:

1.- Con base en el Auto de 3/3/16 (medidas provisionales coetáneas 751/15 postuladas el 23/9/15), la sra. Elvira formuló demanda ejecutiva en fecha 18/7/16 contra el sr. Cristobal en reclamación de: - 1.050€, diferencia entre las pensiones alimenticias devengadas entre septiembre de 2.015 y marzo de 2.016 a razón



de 350€/mes y las abonadas por el anterior a razón de 200€/mes y - 315€ presupuestados para intereses y costas que se generen durante la ejecución.

2.- Mediante Auto de 25/7/16 el Juzgado despachó la ejecución en los términos solicitados y a ella se opuso el sr. Cristobal alegando, además de un presunto acuerdo verbal con la contraria de no reclamar hasta el mes de septiembre de 2.016 que reconoce no puede probar y que no tiene cabida en el art. 556.1 LECivil: - pluspetición en la cuantía reclamada por el mes de septiembre y - pago directo a la sra. Elvira del resto de cantidades adeudadas antes de tener conocimiento de la demanda ejecutiva formulada contra él.

El Juzgado estima la oposición, con imposición de costas a la ejecutante, y la Sala revisada la causa discrepa parcialmente de dicha solución:

1º.- Diferencia de la pensión del mes de septiembre de 2.015 (150€). Compartimos la tesis del Juzgado pues una cosa es que la pensión, una vez instaurada por resolución judicial se devengue los cinco primeros días de cada mes y otra bien distinta que es la que aquí interesa, el momento a partir del cual el sr. Cristobal era deudor según el título del pago de 350€/mes en concepto de alimentos. Tal como expone el Auto de fecha 17/5/16 (FJ 2º) ello sucede a partir de la reclamación alimenticia en fecha 23/9/15 por lo que durante ese mes la obligación se reduce a la parte proporcional de los días restantes hasta su finalización -93€- y al haber abonado el sr. Cristobal una suma superior (200€) no existía amparo en el título para despachar la ejecución por 150€ correspondientes al mes de septiembre de 2.015 ( art. 559.1.3º LECivil).

2º.- Diferencia de las pensiones de los meses de octubre de 2.015 a marzo de 2.016 (900€). En este punto es obligado señalar que a) tras el preceptivo plazo de espera, la cantidad establecida en concepto de pensión alimenticia por el Auto de medidas era plenamente ejecutiva y b) al tiempo de interponerse la demanda ejecutiva el 18/7/16, momento al que debe referirse la resolución del incidente de oposición cuyo objeto es comprobar si el dictado del Auto de despacho era conforme a Derecho, constatamos que el sr. Cristobal había abonado a cuenta de las obligaciones impuestas en el título (excluida la última semana de septiembre), además de los 1.200€ admitidos por la ejecutante en su demanda otros 25€ omitidos en la misma (folio 10) y que deben ser descontados del principal, lo que hace un total debido a 18/7/16 de 875€.

En cuanto a esta suma, los documentos a los folios 13 a 16 del incidente, revelan que fue abonada en sucesivos pagos los días 25/7, 2 y 30 de agosto y 6/9 de 2.016 tras la interposición de la demanda ejecutiva, lo que demuestra su pertinencia en relación a la misma y a la parte proporcional para hacer frente a intereses generados por esa suma y costas de la ejecución.

Por todo lo argumentado procederá adoptar las siguientes decisiones: - se estimará parcialmente el recurso de apelación, - se revocará en parte el Auto contra el que se dirige y - en su lugar, con estimación parcial del incidente de oposición por concurrencia de las causas previstas en los arts. 559.1.3º y 556.1 LECivil - inexistencia de obligación ejecutiva por 150€ en relación al mes de septiembre y pago de 25€ antes de la presentación de la demanda ejecutiva- y sin imposición de costas de primer grado a ninguno de los litigantes, declaramos que la ejecución, teniendo en cuenta los pagos realizados durante la litispendencia deberá seguir exclusivamente por el concepto a que se refiere el art. 575.1 LECivil: 262€, equivalente al 30% de 875€, única cantidad por los que resultaba procedente la interposición de la demanda ejecutiva.

### **Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.**

La estimación del recurso, aunque sea en forma parcial, justifica que las costas causadas por la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional no se impongan a ninguna de las partes ( arts. 394.1 y 398.1 LECivil).

### **Tercero.- DEPÓSITO PARA RECURRIR.**

Estimado el recurso de apelación, conforme al punto 8º de la D.Ad. 15ª Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el depósito constituido será restituido a DOÑA Elvira .

## **PARTE DISPOSITIVA**

Que estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Elvira contra el Auto dictado en fecha 12 de enero de 2.017 en el **incidente de oposición** abierto en el procedimiento de ejecución dineraria 3.728/16 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Sant Boi de Llobregat, y en consecuencia:

1º.- **REVOCAMOS** en parte dicha resolución y en su lugar, con estimación parcial del incidente de oposición y sin imposición de costas de primer grado a ninguno de los litigantes por su tramitación en primera instancia, ordenamos que la ejecución despachada contra por Auto de 25 de julio de 2.016 siga adelante por 282€ presupuestados para hacer frente a los intereses y costas de la ejecución.

2º.- No procede imposición de costas por la tramitación del recurso de apelación.



3º.- El depósito constituido será devuelto a la apelante.

Notifíquese a las partes en legal forma comunicándoles que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Inclúyase en el libro de resoluciones definitivas dejando testimonio en el rollo de su razón procediendo a la devolución de las actuaciones originales al Juzgado con certificación de la presente para que cumpla lo ordenado.

Así lo pronunciamos y firmamos.

Los Magistrados :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ