



Roj: **AAP M 17878/2011 - ECLI:ES:APM:2011:17878A**

Id Cendoj: **28079370222011200409**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **28/12/2011**

Nº de Recurso: **43/2011**

Nº de Resolución: **410/2011**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARMEN NEIRA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 22

MADRID

AUTO: 00410/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 22

18020

C/ FRANCISCO GERVAS N: 10 (PLANTA 12*)

Tfno.: 914936204-05-06-07- Fax: 914936210

N.I.G. 28000 1 7000426 /2011

Rollo: RECURSO DE APELACION 43 /2011

Proc. Origen: EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 287 /2007

Órgano Procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 3 de TORREJON DE ARDOZ

Ponente:

Demandado/Apelante: Estefanía

Procurador: JOSE LUIS FERRER RECUERO

Demandante/Apelado: Carlos Francisco

Procurador: SIN PROFESIONAL ASIGNADO

AUTO N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

En Madrid, a veintiocho de diciembre de dos mil once.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de ejecución de títulos judiciales seguidos, bajo el nº 287/07, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Torrejón de Ardoz, entre partes:

De una, como demandante-apelante Doña Estefanía , representada por el Procurador Don José Luis Ferrer Recuero.



De la otra, como demandado-apelado, Don Carlos Francisco .

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Carmen Neira Vázquez.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de marzo de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Torrejón de Ardoz se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " ESTIMO PARCIALMENTE LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN Y POSTERIOR AMPLIACION instada por doña Estefanía , representada por el Procurador don Javier García Guillén, contra don Carlos Francisco , representado por la Procuradora doña Ana-Lourdes González- Olivares Sánchez, y procede CONTINUAR LA EJECUCIÓN INICIALMENTE DESPACHADA POR IMPORTE DE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO EUROS CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (1.434,52 e) MÁS CUATROCIENTOS TREINTA EUROS TREINTA Y SEIS CÉNTIMOS (430,36 e) presupuestados para cubrir intereses y costas de la ejecución.

Comprende esta ejecución las cantidades debidas por don Carlos Francisco conforme a las medidas acordadas en la sentencia de primera instancia y a las fijadas por la parcialmente revocatoria de segunda instancia hasta fecha 31 de marzo de 2008.

Todo ello sin realizar expresa imposición de las costas procesales a ninguna de las parte."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Doña Estefanía , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de Don Carlos Francisco escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso .

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido al número de asuntos que se tramitan en este Tribunal.

II.-RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se decrete la retroactividad de la sentencia dictada por la AP el 23 de febrero de 2007 retrotrayendo sus efectos a la fecha de la sentencia de divorcio el 24 de octubre de 2005 y en consecuencia condenar a D. Carlos Francisco en 20.765,43 euros y en su caso se le condene al pago del 50 % de las cantidades abonadas por la recurrente en concepto de hipoteca con posterioridad a dicha fecha , 674,1 euros y se reconozca que la cantidad abonada por el concepto de pa en julio de 2007 asciende a 3959,60 euros y no los 4412,03 euros y alega entre otras consideraciones que Don Carlos Francisco adeuda a Doña Estefanía la cantidad de 20.765,43 euros y significa que la diferencia , 452,43 euros corresponde a otros embargos que tiene el Sr. Carlos Francisco y reseña respecto a los gastos de educación que la sentencia de la AP tiene efectos retroactivos a la sentencia de divorcio, y en consecuencia- argumenta- está legitimada para reclamar el pago del 50 % de los gastos de educación abonados desde el 24 de octubre de 2005 hasta de marzo de 2007 cuyo importe asciende a 563 euros habida cuenta que ella ha abonado en concepto de academia)1413,12 euros, e inglés, 1095 euros, desde que se dictó la sentencia de divorcio la cantidad de 2508 euros, cuyo 50 % asciende a 1254 euros , 691 reconocidos en el auto que se recurre, más 563 que se reclaman en esta alzada.

Y concluye que Don Carlos Francisco adeudaría a la recurrente el 50 % de los pagos efectuados por ésta en concepto de hipoteca con posterioridad a la fecha de la notificación , es decir 603,13 y 745,07 euros abonados el 20 y 31 de marzo de 2007 respectivamente, y destaca que renunció al IBI del 2004 continuando la ejecución por el 50 % del IBI correspondiente a los ejercicios 2005 y 2006, cuyo importe asciende a 305,14 euros y recuerda que la sentencia tiene carácter retroactivo y en consecuencia , el hoy demandado adeuda en concepto de 50 % del IBI la cantidad de 305,14 euros.

Igualmente sostiene debe reconocer los pagos realizados en concepto de educación y significa que el padre salió del domicilio el 16 de febrero de 2005



Por su parte Don Carlos Francisco pide que se desestime el recurso formulado y alega entre otras razones que esas cantidades ya fueron reconocidas por el interesado en la oposición a la demanda ejecutiva y recuerda que en el fallo de la sentencia nada se establecía en cuanto a estos extremos de pago de hipoteca, e IBI del domicilio familiar, ni de los gastos de la vivienda de Zahara de los Atunes y significa que en los casos en que se considera deben tener efectos retroactivos las sentencias que dictan las AAPP expresamente lo indican.

SEGUNDO.- Se discute en esta alzada la retroactividad de las medidas acordadas en sentencia de apelación de fecha 23 de febrero de 2007 en la que se acordó revocar lo establecido en la sentencia de primera instancia disponiendo que ambas partes abonarían el importe de la hipoteca, por mitad, así como la mitad también de los gastos extraordinarios de carácter educativo y asumirían asimismo entre los litigantes, los gastos generados en la casa de Zahara de los Atunes, a su vez al 50 % .

La referida sentencia de apelación dictada por este Tribunal no declara o hace pronunciamiento expreso sobre los efectos retroactivos de la resolución siendo así que, por lo tanto debe ser de aplicación la doctrina general concerniente a la naturaleza y características el recurso de apelación , por el que un nuevo Tribunal, distinto y superior al primero, con idéntico poder y amplitud de conocimiento que éste - en los márgenes de las pretensiones recurridas - adquiere competencia para que se vuelva a conocer de las peticiones de las partes . La segunda instancia incluye un nuevo juicio, no un nuevo proceso, sobre el material, alegaciones y pruebas reunidas en la primera, - acotadas en el recurso - en definitiva sobre un juicio directamente sobre las mismas pretensiones y derechos - limitados por el recurso -deducidos oportunamente por los litigantes, y asimismo constreñida por las exigencias del principio de la reformatio in peius.

De esta forma el Tribunal de la alzada determina la validez y vigencia de las nuevas medidas acordadas - en el caso de la revocación - desde aquella primera instancia , de manera que dicha sentencia de la alzada despliega todos sus efectos incluidos los temporales desde la referida fecha de la sentencia de la primera instancia a la que sustituye con todas las consecuencias , y también - como no podía ser de otra forma, al corregir o modificar lo resuelto en el Tribunal a quo - en su eficacia en el tiempo, conllevando por lo tanto la retroactividad de lo que allí se dispuso, y a salvo, está, de que circunstancias excepcionales concurrentes permitan, aconsejen o determinen establecer otras disposiciones de eficacia temporal , debiendo estar en ese caso a lo que se dispone de forma expresa en la propia sentencia de apelación por virtud de lo establecido en el artículo 18 de la LOPJ .

Todo cuanto antecede encuentra apoyo legal en la regulación del recurso de apelación , artículo 456 de la LEC así como en lo establecido en el artículo 774-5 del mismo texto legal , significando asimismo la normativa objeto de aplicación en materia de ejecución provisional al disponer en los supuestos de revocación de condenas al pago de cantidad de dinero que si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de codena al pago de dinero y se revocara totalmente se sobreseerá la ejecución provisional y el ejecutante deberá devolver la cantidad que en su caso hubiere percibido reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado.

Sin duda todo ello obedece y en el supuesto examinado a restablecer en derecho lo que de manera disfuncional fue dispuesto inicialmente evitando así con tales medidas supuestos descartables y próximos a las teorías del enriquecimiento injusto.

Y a conclusión distinta no se puede llegar por el hecho de que en la sentencia con respecto a una petición distinta de la que ahora nos ocupa - y consistente en que La Sra. Estefanía y el Sr. Carlos Francisco deben abonar a Don Rodrigo las cantidades abonadas por el mismo en concepto de hipoteca desde finales del mes de mayo de 2005, así como que Don Carlos Francisco deberá reintegrar a la Sra. Estefanía la cantidad de 640,28 euros que retiró indebidamente el pasado 21 de noviembre de 2005 - la sentencia dictada por este Tribunal respondiera que dicha petición no podía ser atendida ya que escapaba del objeto de la sentencia de divorcio, cuyas medidas - se indicaba- se establecen con proyección de futuro.

Y es claro que dichas sentencias en los procesos matrimoniales establecen medidas con clara proyección de futuro, no pudiendo regular situaciones pasadas a la fecha en que se declara el estado civil que las constituye - a salvo la aplicación en su caso del artículo 148 del CC .., - lo que en modo alguno contraviene la consideraciones antes señaladas en torno a la sustitución de la sentencia recaída en la primer instancia por la dictada en la alzada , debiendo significar que tal retroacción se produce a fecha 24 de octubre de 2005 y la petición que allí se hacía afectaba a períodos anteriores, todo lo cual determina en este punto la estimación de este motivo de apelación y conduce a revocar la resolución recurrida, en el sentido de declarar y disponer que las medidas establecidas en la sentencia de 23 de febrero de 2007 tendrán eficacia, a los efectos que ahora nos ocupan, - y sin entrar en otras valoraciones - desde la sentencia de primera instancia, de fecha 24 de octubre de 2005 .



Así establecido el presupuesto básico de esta resolución, por cuanto se acaba de señalar, hay que significar que no puede acogerse el planteamiento de la parte recurrente que pretende reclamar los pagos desde la disolución cuya fecha fija el día de la presentación de la demanda, el 8 de febrero de 2005, en atención a cuanto se acaba de razonar y ello al margen de las acciones y pretensiones que puedan ejercitarse en la formación de inventario, en el procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Pues bien en orden a la reclamación de la Hipoteca que se formula los pagos solo pueden retrotraerse a la fecha 31 de octubre de 2005 en que se abonan 737,94 euros debiendo por lo tanto descontar del importe total solicitado de 16.047,34 euros, de una parte, los abonos computados desde el 5 de mayo de 2005 a 22 de octubre de 2005 lo que hace un total de 8159,39 euros, que en la mitad correspondiente alcanza un importe final de 4079,69 euros y ofrece como resultado un saldo final, objeto de reclamación por este concepto y estos períodos de 11,967,65 euros. A dicha cantidad habrán de descontarse los importes de 745,17 euros de 31 de marzo y 603,13 de abril de 2007 ya reconocidos en el auto apelado por lo que por este concepto la ejecución habrá de seguir por un importe final de 10.619,45 euros en cuyo punto procede revocar la resolución y estimar en parte el recurso planteado.

Con relación a los IBI no reclamándose el período de 2004, procede acoger la pretensión que se formula con relación a los años 2005 y 2006 suponiendo tales partidas la cantidad de 305,14 euros en cuyo punto procede acoger también la apelación significando que el abono del IBI del año 2005 se realiza en el mes de noviembre de la citada anualidad una vez dictada sentencia en la primera instancia, y a cuya fecha se retrotraen los efectos de la segunda sentencia de este Tribunal.

Con relación a los gastos por concepto de educación ciertamente han de ser considerados necesarios debiendo recordar a estos efectos y con relación a los gastos extraordinarios que este Tribunal entre otras en resolución de 6 de octubre de 1998, ya dijo que: "En consecuencia y con carácter de generalización habremos de considerar en relación con la cuestión hoy controvertida que los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquéllos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista.

Y todo ello sin perjuicio de lo que las partes, cual acaece en una litis matrimonial, puedan considerar extraordinario, modificando o matizando el referido concepto genérico, a través de sus propios actos (artículo 7º del CC ..), o de la pactación formulada al amparo del artículo 90 del CC .., y sobre la base genérica del principio de respeto a la autonomía de la voluntad privada que consagra el artículo 1255 del referido texto legal ."

Dicho lo cual y como quiera que la parte ahora apelada no impugna tampoco aquellos gastos que la resolución apelada considera como tales, si bien con posterioridad a marzo de 2007, han de ser acogidos también los gastos de educación correspondientes a las asignaturas de la ESO y Bachillerato por importes mensuales de 324 euros y 258 euros y ello desde septiembre de 2006 respecto de unos y desde enero de 2007 respecto de otros, y ambos hasta marzo de 2007, a lo que habrá de sumarse el importe total de 1860 correspondientes a aquellos conceptos pero desde septiembre de 2005 a junio de 2006, según se documenta a los folios 156 y 157 de los autos, lo que cifra sin embargo finalmente su importe en 2160 euros (la mitad correspondiente a abonar por el ejecutado) en lugar de los 2354 euros que se reclaman por esta partida debiendo descontarse los 520 euros que la parte admite como deducidos, por lo que resta finalmente por este concepto una cantidad de 1640 euros que es la mitad correspondiente a abonar por el ahora apelado.

En lo atinente a la ampliación de ejecución hay que señalar lo siguiente:

La sentencia ya reconoce los gastos de educación posteriores a marzo de 2007 y con relación a los restantes documentos hay que indicar que el primero obrante al folio 230 de los autos se entienden por la fecha, importe y concepto girado por el recibo que está integrado en la certificación obrante al folio 156 de los autos y que ya ha sido tenida en cuenta con anterioridad y por lo que se refiere al segundo carece de firma, sello o referencia de centro académico que refrende el contenido del mismo por lo que no pueden ser acogidos en los términos del artículo 217 de la LEC .

Por lo que se refiere al curso trimestral de octubre a diciembre de 2007 en el British Council ya ha sido tenido en cuenta en el auto apelado sin que se aporten otros documentos que permitan otra valoración.

TERCERO.- Y como se indicaba en el anterior fundamento se pretende además el pago de las cantidades correspondientes a la hipoteca desde marzo de 2007, siendo de señalar que el propio ejecutado en su escrito de oposición a la ejecución manifiesta adeudar el importe por dichos concepto, lo que así se recoge en el auto recurrido al igualar tal partida con los razonamientos que se contienen en el auto y relativos a la reclamación



del IBI, lo que conduce también en este punto a rechazar el recurso planteado, confirmando el auto recurrido, tal y como se indicaba anteriormente.

CUARTO.- Y se pretende también que se estima que el abono relativo al mes de julio de 2007 asciende a 3959,60 euros y no a la cantidad consignada, lo que ciertamente no puede ser acogido, teniendo en cuenta el contenido del artículo 217 de la LEC .., en cuanto toda la prueba documental aportada a las actuaciones acredita los diferentes retenciones judiciales realizadas en la nómina del interesado por la empresa empleadora y que en el mes de julio de 2007 ascendió a 4412,03, no constando al no haberse probado tal extremo que aquella retención tenga causa u objeto diferente del que ahora nos ocupa sin que se haya dado explicación alguna, suficiente y detallada por la parte interesada sobre la causa por la que la transferencia a favor de la ejecutante se cifró sin embargo en cantidad inferior, reseñando aquella certificación que la transferencia corresponde a parte de la retención, desconociendo este Tribunal el destino del esto de la misma, todo lo cual conduce a confirmar la resolución recurrida y a desestimar este motivo de apelación.

Por todo ello procede revocar la resolución apelada en el sentido de indicar que proceder continuar el despacho de ejecución además de lo establecido en el auto apelado, - pertinente en cuanto a los abonos y descuentos realizados- por la cantidad de 10.619,45 euros por el concepto de pagos de hipoteca desde la sentencia de primera instancia, 305,14 euros por el IBI del inmueble de los años 2005 y 2006 y por gastos extraordinarios de educación en una cuantía de 1640 euros y relativos a los períodos anteriores a la sentencia de este Tribunal , manteniendo el resto de los pronunciamientos que la resolución apelada contiene.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dada la naturaleza de la cuestión debatida y circunstancias concurrentes, y dada la estimación no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III DISPONEMOS

Que estimando el recurso de apelación formulado por Doña Estefanía contra el auto dictado en fecha 27 de marzo de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Torrejón de Ardoz , en autos de ejecución de títulos judiciales, seguidos, bajo el nº 287/07, entre dicha litigante y Don Carlos Francisco , debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, en el sentido de disponer y declarar que procede continuar el despacho de ejecución además de lo establecido en el auto apelado, por la cantidad de 10.619,45 euros por el concepto de pagos de hipoteca desde la sentencia de primera instancia, 305,14 euros por el IBI del inmueble de los años 2005 y 2006 y por gastos extraordinarios de educación en una cuantía de 1640 euros y relativos a los períodos anteriores a la sentencia de este Tribunal , manteniendo el resto de los pronunciamientos que la resolución apelada contiene.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Así por este nuestro Auto, del que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificado a las partes en legal forma, lo acordamos, mandamos y firmamos.

E/