



Roj: **AAP IB 419/2011 - ECLI:ES:APIB:2011:419A**

Id Cendoj: **07040370042011200075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **29/11/2011**

Nº de Recurso: **233/2011**

Nº de Resolución: **117/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MIGUEL ALVARO ARTOLA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4PALMA DE MALLORCA AUTO: 00117/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

PALMA DE MALLORCA

Sección 004

-

Domicilio : PLAÇA D'ES MERCAT, 12

Telf : 971/722370-72

Fax : 971/227222

Modelo : AUR030

N.I.G.: 07040 42 1 2003 0011169

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000233 /2011

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen : EJECUCION DE TITULOS JUDICIALES 0001075 /2009

RECURRENTE : Benedicto

Procurador/a : MARIA ISABEL MUÑOZ GARCIA

Letrado/a : MARIA DOLORES LOZANO ORTIZ

RECURRIDO/A : Edurne

Procurador/a : MARIA JOSE ANDREU MULET

Letrado/a : HIGINIO MUÑOZ LLOBERA

Ilmos. Sres.

Presidente: Dº Miguel Ángel Aguiló Monjo.

Magistrados: Dº Miguel Álvaro Artola Fernández.

Dª Juana María Gelabert Ferragut.

AUTO nº 117/2011

En Palma de Mallorca, a veintinueve de noviembre de dos mil once.

VISTO por los Ilmos. Sres. al margen expresados, en grado de apelación, el presente recurso surgido en procedimiento de ejecución de títulos judiciales del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma, seguidos bajo el número de autos y rollo de Sala arriba indicados, actuando como parte ejecutante-apelada



D^a Edurne , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D^{o/a} María José Andreu Mulet, y en su defensa el/la Letrado/a D^{o/a} Higinio Muñoz Llobera, y como parte ejecutada-apelante D^o Benedicto , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales D^{o/a} María Isabel Muñoz García, y en su defensa el/la Letrado/a D^{o/a} María D. Lozano Ortiz; ha recaído en esta segunda instancia la presente resolución judicial.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Miguel Álvaro Artola Fernández.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma en fecha 21 de enero de 2011 en los presentes autos de procedimiento de ejecución de títulos judiciales, seguidos con el número 1075/09, de los que trae causa el presente rollo de apelación, exponía en su Parte Dispositiva lo que literalmente se transcribirá:

"Que se desestima la oposición formulada por la procuradora Doña María Isabel Muñoz García, actuando en nombre y representación de Don Benedicto a la ejecución despachada por Auto de fecha 2 de Marzo de 2010, ampliada mediante Auto de fecha 30 de Abril de 2010, declarando que siga adelante la ejecución. Se condena en costas a la parte ejecutada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma, el cual correspondió a esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Baleares. Dicho recurso fue instado por la representación procesal de la parte señalada en el encabezamiento como apelante, oponiéndose la contraparte; todo ello en base a las alegaciones que se resumirán en el Fundamento jurídico primero de la presente resolución.

ÚLTIMO.- No siendo propuesta prueba en esta fase de apelación por ninguna de las partes del litigio, se siguió el recurso con arreglo a los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando el rollo de apelación concluso para dictar sentencia en esta alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución apelada en lo que es objeto del recurso, en lo que no se opongan a los que se dirán.

PRIMERO.- El presente incidente surgió a raíz de demanda instada por Doña Edurne , quien presentó escrito solicitando despacho de ejecución de la sentencia dictada el 24 de mayo de 2004 frente a Don Benedicto , por importe de 2.299,24 euros provenientes de la falta de pago de las actualizaciones de las pensiones alimenticias desde el año 2006 hasta el año 2009, más 689,77 euros en concepto de intereses y costas calculados prudencialmente. Despachada la ejecución solicitada, la parte ejecutante presentó escrito de ampliación de la demanda ejecutiva por importe de 1.800 euros por los siguientes conceptos: impago total de la pensión alimenticia correspondiente a noviembre de 2009, pago parcial de las pensiones de enero, febrero y marzo de 2010, a razón de 400 euros, impago total de la pensión alimenticia correspondiente a abril de 2010. Mediante nuevo auto se amplió la ejecución en el sentido solicitado, acordando continuar adelante la ejecución por un total de 4.099,24 euros, más 1.200 euros en concepto de intereses y costas. Notificadas las anteriores resoluciones, la representación de Don Benedicto se opuso a la ejecución, efectuando las alegaciones que estimó oportunas, entre ellas argumentando la existencia de un acuerdo entre las partes relativo a una voluntad de compensación entre las cantidades reclamadas en el presente procedimiento (actualizaciones y pensiones alimenticias) y las cantidades abonadas por el Sr. Benedicto , al margen de lo que en un principio estaba obligado en virtud del Convenio regulador homologado por la sentencia que se ejecuta en la presente resolución. De igual modo, también afirmó haber abonado sumas en metálico a la parte ejecutante por los conceptos reclamados. Conferido traslado a la ejecutante, por ésta fue impugnada la oposición a la ejecución. En el acto de la vista comparecieron ambas partes, ratificándose en sus respectivas posiciones, y, seguidamente, se practicó la prueba declarada pertinente con el resultado que obra en autos, siendo posteriormente evacuado el trámite de conclusiones.

El auto dictado en primera instancia desestimó a oposición formulada por la representación de Don Benedicto , declarando que siguiera adelante la ejecución despachada mediante los autos de fechas 2 de marzo de 2010 y 30 de abril de 2010, este último de ampliación del primero, todo ello con condena en costas a la parte ejecutada.

Frente a la citada resolución judicial se alza en apelación la representación procesal de D. Benedicto , el cual fundó su recurso en los motivos que seguidamente se resumirán:



· PRIMERO.-A lo largo del presente procedimiento, ambas partes han reconocido que el Sr. Benedicto , desde hace mas de dos años está abonando 300€ mas al mes. No ha sido negado de adverso que durante el año 2009 el Sr. Benedicto ha abonado la suma de mas de 3.600€, y en el año 2010, por el periodo trascurrido a día en que esta parte se opone a la oposición despachada, la cantidad de 2.010€.

Por tanto, si bien el pago efectuado no se hace de acuerdo a lo establecido en el Convenio Regulador que se ejecuta, se ha admitido por la parte ejecutante que sí ha dispuesto de las cantidades correspondientes a dicha obligación alimenticia.

Así la Jurisprudencia viene admitiendo, en supuestos en los que el obligado al pago de la pensión alimenticia viene pagando de forma regular una cantidad superior a la que se estipuló, lo pagado de mas en un determinado mes es a cuenta de la pensión del mes siguiente y así sucesivamente, de forma que ante una reclamación de impago de pensiones, habrá que hacer una liquidación total de las cantidades.

La fijación del hecho controvertido se centró en este punto, la validez de los pagos efectuados por mi representado como asumibles dentro del mismo concepto de pensión de alimentos, y los pactos alcanzados por las partes, en aras a una compensación. Ahora la ejecutante no puede ir contra sus propios actos por conculcar los principios de la buena fe.

Teniendo en cuenta que son de aplicación los principios de la buena fe, represión del abuso de derecho y la evitación del enriquecimiento injusto, la jurisprudencia ha venido considerando como abono parcial de la pensión los pagos realizados directamente a terceras personas.

· SEGUNDO.- Esta parte ya manifestó que los acuerdos llevados a cabo, conforme el Sr. Benedicto se haría cargo del pago directo del alquiler, se hicieron precisos para asegurar que no se produjese un desahucio por la falta de diligencia en el pago de la ejecutante.

La Sra. Edurne , de forma caprichosa, se mudó a un piso cuyo coste mensual suponía 1.100€, trescientos euros mas de la cantidad con que el Sr. Benedicto debía contribuir en concepto de habitación, como integrante de la pensión de alimentos.

Así, el Sr. Benedicto accedió a pagar este exceso, con el compromiso de la Sra. Edurne de proceder a su compensación.

Desmentido ha quedado la necesidad manifestada por la ejecutada de un cambio de casa, así lo declara el testigo propuesto por la ejecutante, que intervino en las negociaciones para el nuevo arrendamiento. La ejecutante le manifestó su deseo de cambiarse "por que era mas mono" y "la diferencia de precio lo asumiría ella misma".

A falta de documento público donde consten estos pactos, por la jurisprudencia se ha admitido la prueba no documental que apoye los pactos de las partes (JPI Santander nº 18/11/01, AC 523/02) . En este sentido, con los máximos respetos y en estrictos términos de defensa, la declaración prestada por D^a Silvia , hija del ejecutado, y testigo propuesto por la parte ejecutante en apoyo de nuestro argumento no han sido consideradas de forma adecuada por el juzgador a quo que basa su decisión única y exclusivamente en las declaraciones de la ejecutante.

· TERCERO.-La parte adversa, en sus conclusiones muestra la extrañeza de la declaración de la Testigo, no obstante en ningún caso niega los pagos realizados por esta parte, es mas insiste y los refuerza como sustento de su alegato: existencia de novación en el negocio jurídico.

Subsidiariamente, y para el supuesto que no se admita, entiende que los pagos realizados por mi representado son simples liberalidades que no son susceptibles de compensación, esta es la tesis acogida por el Juzgado a quo, y que esta parte no comparte.

La parte ejecutante en su primer escrito reclama el aumento del IPC por las mensualidades que abarcan de abril de 2006 a abril de 2009.

No obstante y en su escrito de ampliación, en el que se solicita ampliar la deuda a otros 1.800 € por impago de las mensualidades de Noviembre de 2009 (alegando que no se pagó cantidad alguna), de enero a marzo ambos inclusive alegando que solo se han abonado 400€, en dicho periodo y el impago de la mensualidad de abril de 2010.

Esta parte aportó las transferencias realizadas por las mensualidades de febrero y marzo de 2010, sin que esta documental se haya tendido en cuenta.

Mas llamativo, es que en el fundamento de derecho primero, ultimo párrafo se afirme que "los pagos efectuados por el Sr. Benedicto en concepto de alquiler o suministros (estos últimos sin justificar)...".



Con ocasión del interrogatorio practicado en el acto de la comparecencia, el Sr. Benedicto se remitió en apoyo de sus afirmaciones a la documental aportada con nuestro escrito de oposición, en concreto, el aportado como documento número tres, que se corresponden con las transferencias realizadas por mí Representado a nombre de D. Landelino, arrendador del inmueble que habita la Sra. Edurne por consumo de agua por importe de 518,82€, pago que debía realizar la sra. Edurne con el importe de la pensión alimenticia.

Es la Sra. Edurne la encargada de administrar la pensión de alimentos de la hija, para atender la necesidades alimenticias de esta, por tanto hemos de considerar los abonos realizados por mi Representado a terceras personas, como pagos parciales de las obligaciones de la Sra. Edurne, y que ésta debe asumir, por formar parte de las necesidades que han de ser cubiertas con la pensión de alimentos.

El art. 151 del C.C. autoriza la compensación de pensiones alimenticias atrasadas, ya que si el obligado al pago de las mismas no las hizo en su momento hay que presumir que dichos alimentos se prestaron por el progenitor con el convive la hija. Presunción que en el caso que nos ocupa obra con más fuerza pues la Sra. Edurne ha reconocido que el Sr. Benedicto siempre ha pagado de más.

· CUARTO.- Tal y como ya manifestamos en nuestro escrito de oposición, la cantidad adeudada por el Sr. Benedicto por atrasos de actualización de la pensión desde Abril de 2006 a Marzo de 2010, que asciende a la suma de 2.299,24€, ha de ser compensada con la suma que la Sra. Edurne adeuda al Sr. Benedicto por la sobre aportación del coste de vivienda y que al menos desde Enero de 2008 a Julio de 2010, ambos inclusive ha sido la suma de 5.100€, mas otro importe de 518€, correspondiente al pago de suministros de la vivienda de la ejecutante y que fueron en su día pagados por el Sr. Benedicto, como parte integrante de la pensión de alimentos que incluyen gastos de habitación y suministros.

Así mismo, y teniendo en cuenta la documental aportada, el Sr. Benedicto, a cuenta de las pensiones reclamadas por las mensualidades de enero, febrero y marzo de 2010, ha abonado la suma de 1.200€ y que han de ser descontadas de la suma reclamada.

De lo que se desprende que la cantidad resultante y que el Sr. Benedicto adeuda en concepto de pensión de alimentos vencidas, han de ser compensadas con el importe de 5.618€ que ha sido aportado por este en exceso, y por tanto preciso para su liquidación, resultando a favor del Sr. Benedicto un saldo de 1.519€.

En su virtud, la parte apelante terminó suplicando que se dicte resolución por la que declare haber lugar al recurso y, en consecuencia, se revoque el auto dictado con fecha 21 de enero de 2011 por el Juzgado de Familia nº 16, y se declare haber lugar a la compensación interesada por la ejecutada, estimando la oposición al despacho de ejecución.

La parte ejecutante se opuso a los motivos del recurso en base a los argumentos que se resumirán:

· PRIMERO.- En cuanto al primer motivo del recurso: Que desde el 2008 la Sra. Edurne reside en el mismo inmueble de la calle DIRECCION000 de esta ciudad, siendo el precio del alquiler de 1.100 euros desde un primer momento, por lo tanto hace ya dos años que madre e hija residen en dicho inmueble, periodo en el que el Sr. Benedicto no se ha opuesto a pagar el precio correspondiente al mismo, sino todo lo contrario, ha pagado directamente el precio al arrendador de forma mensual y puntual tal y como se observa en los justificantes de pago aportados por la parte adversa, pagando también la pensión alimenticia de M^a del Mar de 600 euros hasta noviembre de 2009.

Que la actitud que el Sr. Benedicto había mantenido hasta tener conocimiento de la reclamación de la Sra. Edurne por impago de la pensión de la menor había sido la de aceptar el precio del alquiler de 1.100 euros sin inconveniente alguno, postura que ha modificado en la actualidad.

El Sr. Benedicto está actuando contra sus propios actos, ya que tras estar pagando de forma voluntaria durante el período de dos años la renta de 1.100 euros, de forma repentina se niega a hacerlo sin justificación alguna, contradiciendo en este momento la postura que ha mantenido prácticamente durante dos años sin protesta.

En consecuencia de todo lo anterior establecer que el Sr. Benedicto ha abonado voluntariamente las sumas que ahora reclama, pagando mensualmente 300 euros más de lo pactado en el convenio regulador suscrito entre ambas partes, sin haberse opuesto a ello nunca y sin reclamar este exceso a su representada en ese período, junto con la pensión alimenticia de la menor.

Si dejó de abonar total o parcialmente la pensión alimenticia, lo es exclusivamente por razones distintas a las alegadas, y solo ahora, como "excusas de mal pagador" se ha inventado esta compensación.

Por lo que le sería de aplicación la doctrina de los actos propios según la cual nadie puede ir contra sus propios actos"; dicha regla ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión formulada dentro de una situación



litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada.

· SEGUNDO.- En cuanto al segundo motivo del recurso: A principios de 2008 la Sra. Edurne tuvo conocimiento de que en el mismo edificio en que tenía su domicilio, había quedado vacía una vivienda de mayor superficie y mejores características, por lo que propuso el Sr. Benedicto efectuar un cambio de vivienda, siempre que éste estuviera de acuerdo en abonar íntegramente y a su cargo la renta de esta nueva vivienda, ya que el importe era superior.

En ningún momento su representada se comprometió con el Sr. Benedicto a compensar el exceso de pago que este efectuaba en concepto de renta con parte de la pensión de M^a del Mar, sino que este aceptó voluntariamente pagar este aumento con los escasos recursos de la Sra. Edurne .

La pensión alimenticia que abona el Sr. Benedicto ha su representada es en beneficio de la menor y no propio, por lo que esta no puede renunciar a este derecho en virtud del artículo 166 del Código Civil .

· TERCERO.- En cuanto al tercer motivo de recurso: Es totalmente cierto que esta parte pone de manifiesto en su escrito de ampliación que en los meses de enero a marzo de 2010 el Sr. Benedicto únicamente abonó 400 euros a su representada en concepto de pensión alimenticia de la menor, y los meses de noviembre de 2009 y abril de 2010 no abonó cantidad alguna, además de los atrasos, cantidad que asciende a 4.099,24 euros.

Manifestación que ha quedado probada en función de los justificantes de las transferencias aportadas de adverso a las que se hace referencia en su recurso de apelación.

No puede aceptarse por esta parte, la compensación que se pretende de adverso, además de por lo alegado anteriormente, porque las cantidades establecidas para el arriendo de la vivienda y para los alimentos de la menor María del Mar no son homogéneas ni tienen la misma naturaleza (de la primera se beneficia tanto la madre como la hija, mientras que de la segunda exclusivamente esta última), y por tanto no pueden ser compensadas.

· CUARTO.- En cuanto al cuarto motivo del recurso: Reiterar de nuevo que el Sr. Benedicto se manifestó de acuerdo con el cambio de domicilio de su representada y la menor, y no puso objeción alguna a abonar a su exclusivo cargo la nueva renta. Abonando este puntualmente desde febrero de 2008 el importe de 1.100 euros correspondiente a la nueva vivienda, y simultáneamente la total pensión alimenticia de M^a del Mar hasta 2009.

Resulta evidente por tanto el consentimiento del Sr. Benedicto a esta novación del convenio regulador, habiendo actuado de manera coherente a dicho consentimiento.

En consecuencia su representada no adeuda cantidad alguna al Sr. Benedicto , sino todo lo contrario, como ya se ha indicado el Sr. Benedicto adeuda a su representa en concepto de atrasos e impago de la pensión alimenticia de la hija de ambos M^a del Mar la cantidad de 4.099,24 euros.

En su virtud, la parte apelada terminó suplicando que se dicte resolución por la que, desestimándose el recurso planteado de adverso, se confirme el auto en su integridad, todo ello con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.- Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, y comenzando por el alegato relativo a la compensación, sostiene la apelante que la Sra. Edurne , de forma caprichosa, se mudó a un piso cuyo coste mensual suponía 1.100.-€, es decir, trescientos euros por encima de la cantidad con la que el Sr. Benedicto debía contribuir en concepto de habitación, como integrante de la pensión de alimentos; de modo que el Sr. Benedicto accedió a pagar ese exceso, pero con el compromiso de la Sra. Edurne de proceder a su compensación con la deuda alimenticia.

A este respecto la Sala observa, por un lado, que en el pacto cuarto del Convenio regulador otorgado por las partes en fecha 14.4.04 y judicialmente aprobado mediante sentencia de fecha 24.5.04 del mismo Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma, se acordó que el Sr. Benedicto abonaría una pensión alimenticia de 600.-€, actualizables y pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada al efecto en el propio Convenio, y, asimismo, que abonaría la suma de 800.-€ mensuales en concepto de renta de la vivienda alquilada por la madre y que constituía el domicilio de ésta y de la hija común. Así las cosas, de la prueba obrante en autos y de los propios argumentos aportados a los autos por el ejecutado- apelante se deduce que éste realizó los pagos conflictivos sin acomodarse a las previsiones de la sentencia aprobatoria del Convenio regulador; así lo admite el propio apelante cuando afirma en su recurso que: *"...el pago efectuado no se hace de acuerdo a lo establecido en el Convenio Regulador que se ejecuta..."* . Circunstancia ésta que es causa de desestimación de la oposición, por cuanto que las sentencias se han de cumplir en sus propios términos, y siendo la de fecha 24.5.04 aprobatoria del Convenio regulador, la que fijaba para el pago de la pensión de alimentos una concreta cuenta corriente, no cabe entender que se cumplió el Fallo de la sentencia pagando de modo distinto del propio ingreso en la concreta cuenta corriente que se establece en el pacto



cuarto del Convenio regulador y que, con la aprobación de éste, se lleva a la sentencia de fecha 24.5.04 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma.

En dicho sentido, el art. 18.2 LOPJ establece que las sentencias se ejecutarán "en sus propios términos", de modo que, según precisa el propio precepto, solo si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar la mayor efectividad de la ejecutoria. Aconteciendo que, en el caso de autos, la parte condenada, hoy ejecutada, no cumplió la sentencia en sus propios términos, lo que legitima a la ejecutante a exigir su cumplimiento. En dicho sentido, el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha reconocido el derecho a la ejecución de las sentencias judiciales en sus propios términos, como formando parte del contenido del artículo 24-1 de la Constitución española (sentencia del Tribunal Supremo 107/1987 de 28 de octubre , sentencia del Tribunal Constitucional 92/1988 de 23 de mayo entre otras).

Así las cosas, y si bien las partes son libres de novar la obligación de mutuo acuerdo, tal y como se contempla en el art. 1.203 CC , sin embargo, tal modificación de la obligación establecida en la sentencia, por un lado, deber probarla quien la alega, pues la adversa niega en autos la novación, y, por otro lado, y tal y como recordaba la resolución de instancia, " ...el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se remite, salvo con relación a algunas especialidades, a las normas establecidas en el libro III de dicha Ley, para la ejecución de los pronunciamientos sobre medidas dictados en procesos de familia. Por lo tanto, debe de ser recordado el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , referente a la oposición a la ejecución de títulos judiciales, y que recoge la posibilidad de alegar como motivos de oposición los siguientes: 1. El pago de lo reclamado, pago que deberá justificarse documentalmente. 2. La caducidad de la acción ejecutiva. 3. Los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. ". Por lo tanto, está claro que las partidas que se pretenden compensar tampoco pueden compensarse en la medida en que no consta en documento público el pretendido pacto compensatorio que la ejecutada afirma que fue alcanzado por las partes, requisito que, estando legalmente exigido en el citado artículo, y habida cuenta de que la Sra. Eburne niega la existencia de pacto alguno, impide tener por compensada la deuda reclamada en autos.

Por consiguiente, y si bien la Sala no comparte el *obiter dicta* referido en la sentencia de instancia cuando afirma que " *Por ello, cabe entender que los pagos efectuados por el Sr. Benedicto en concepto de alquiler o suministros (éstos últimos sin justificar documentalmente), y que exceden los 800 Euros inicialmente acordados, no dejan de ser más que una mera liberalidad del mismo...* ", pues, en la consideración de este Tribunal, tampoco la liberalidad puede declararse probada en estos autos en los que, además de no estar acreditada y no poder presumirse, se discute cosa distinta, lo cierto es que, sin perjuicio de las eventuales acciones que, en su caso, pudieran corresponder al apelante, no cabe concluir sino entendiendo que los pagos realizados por encima de la suma adeudada en concepto de renta de vivienda, no pueden amparar el incumplimiento de la otra obligación, distinta y paralelamente contenida en el Convenio e impuesta en la sentencia de 24.5.04 que lo aprobó, en base a la cual se imponía un pago, aparte del de la vivienda, en concepto de alimentos en una determinada cantidad y en una concreta cuenta corriente. Por todo lo cual, debe desestimarse el recurso en este punto.

TERCERO.- Seguidamente, se ha de valorar la otra petición apelatoria, en la cual pretende la parte ejecutada que, tal y como ya manifestó en su escrito de oposición y aparte del argumento de la compensación: " *...teniendo en cuenta la documental aportada, el Sr. Benedicto , a cuenta de las pensiones reclamadas por las mensualidades de enero, febrero y marzo de 2010, ha abonado la suma de 1.200€ y que han de ser descontadas de la suma reclamada* ". Petición respecto de la cual la ejecutante- apelada reitera que: " *...en los meses de enero a marzo de 2010 el Sr. Benedicto únicamente abonó 400 euros a su representada en concepto de pensión alimenticia de la menor, y los meses de noviembre de 2009 y abril de 2010 no abonó cantidad alguna, además de los atrasos, cantidad que asciende a 4.099,24 euros.*" ;

En dicho sentido, aprecia la Sala que el auto dictado en Primera Instancia dispuso al respecto que " *Por lo que respecta al pago de lo reclamado, es lo cierto que no ha justificado la parte ejecutada haber abonado "en mano" alguna de las sumas que se le reclaman en la presente ejecución, pese que ha referido que siempre hacía firmar un recibo a la ejecutante. Por ello, entendiendo que el ejecutado tenía plena disponibilidad para acreditar su motivo de oposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 217 de la LEC , el no haber presentado documentación alguna impide reconocer a la afirmación del referido pago valor probatorio alguno en relación a las pensiones que se le reclaman.* ". Apreciando la Sala que los motivos invocados por el ejecutado, expuestos en su escrito de oposición, no contravienen la citada argumentación ni la invocación de la adversa, al no acreditar sino pagos parciales a razón de 400.-€, sin probar el resto de los pagos, es decir, noviembre y abril de 2010 en su totalidad y desde los 400 hasta los 600.-€ en los otros tres meses reclamados. Por todo lo cual, reiterando aquí lo dicho en el Fundamento jurídico anterior en orden a que el pago excluyente de la deuda debió hacerse en el modo dispuesto en la sentencia que aprobaba el Convenio regulador, y sin que,



además, se acredite fehacientemente el pago realizado de otro modo, no cabe sino desestimar también este motivo de apelación.

ÚLTIMO.- No obstante la desestimación de los motivos de oposición, aplicando lo dispuesto en el artículo 561.1.1ª LEC , que remite al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento , el cual permite que no se impongan las costas al litigante vencido cuando se entienda que concurrían en el caso relevantes dudas de hecho o de derecho, y considerándolas concurrentes en este caso sobre la base de la existencia de pagos de rentas de la vivienda por encima de lo acordado en el Convenio; considera el Tribunal que no debe haber condena en costas en ninguna de ambas instancias, y ello sobre la base de que la apreciación de dudas de hecho o de derecho para la no imposición de costas no está condicionada a la petición de las partes: « *El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 394.1, primer inciso, LEC , se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones. Esta previsión tiene su precedente inmediato en el artículo 523, I LEC 1881 -en el que se contemplaba la facultad de juez de apreciar circunstancias excepcionales que justificaran la no imposición de costas- y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado (STS 14 de septiembre de 2007, RC n.º 4306/2000). Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de 2009, RC nº 532/2005 , 10 de febrero de 20101, RC nº 1971/2005), discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.*» (Fundamento de Derecho Tercero. Sent. TS, 10 de diciembre de 2010, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).

VISTOS los preceptos legales citados, concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Por lo expuesto, la Sala **ACUERDA** :

1. DESESTIMAR los motivos de fondo el recurso de apelación interpuesto por Dº Benedicto , y en su representación el/la Procurador/a de los Tribunales Dº/ª María Isabel Muñoz García, contra el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Palma en fecha 21 de enero de 2011 en los presentes autos de procedimiento de ejecución de títulos judiciales, seguidos con el número 1075/09, de los que trae causa el presente rollo de apelación.

2. Dejar sin efecto la condena en costas de primera instancia.

3. No hacer pronunciamiento en cuanto a las costas devengadas en esta alzada.

Así por este Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Sr. Miguel Ángel Aguiló Monjo Sr. Miguel Álvaro Artola Fernández Sra. Juana María Gelabert Ferragut

PUBLICACIÓN

Extendida y firmada que ha sido la anterior resolución por los Ilmos. Srs. Magistrados indicados en el encabezamiento, procédase a su notificación y archivo en la Secretaría del Tribunal, dándosele publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Doy fe.