



Roj: **AAP M 15545/2010 - ECLI:ES:APM:2010:15545A**

Id Cendoj: **28079370222010200338**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **01/10/2010**

Nº de Recurso: **215/2010**

Nº de Resolución: **322/2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ELADIO GALAN CACERES**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 22

MADRID

AUTO: 00322/2010

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 7001911 /2010

Rollo: RECURSO DE APELACION 215 /2010

Proc. Origen: FAMILIA. INCIDENTES 550 /2008

Órgano Procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 4 de ALCOBENDAS

Ponente:

Demandado/Apelante: Paulino

Procurador: MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandante/Apelado: Angelina

Procurador: PEDRO MORENO RODRIGUEZ

AUTO Nº

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. D^a. Carmen Neira Vázquez

En Madrid, a uno ce octubre de dos mil diez.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de oposición a la ejecución, bajo el nº 550/08, ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcobendas (antes Mixto 4), entre partes:



De una, como apelante, Don Paulino , representado por la Procuradora Doña María del Carmen Ortiz Cornago y asistido por la Letrado Doña Ma. Concepción López-Brea Martínez.

De otra, como apelada, Doña Angelina , representada por el Procurador Don Pedro Moreno Rodríguez y defendida por el Letrado Don Jesús Juan Añon Aguilar.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 4 de diciembre de 2008, por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Alcobendas (antes Mixto 4), se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal: "SE DESESTIMA LA OPOSICION A LA EJECUCION interpuesta por el Procurador Segovia Galán en nombre y representación de Paulino contra el auto que despacha ejecución de fecha 13/05/2008.

DEBE SEGUIRSE ADELANTE LA EJECUCION contra Paulino por la cantidad de 5772 Euros en concepto de pensión de alimentos impagada desde octubre 2007 hasta Marzo de 2008 y por la cantidad de 1700 euros en concepto de intereses y costas provisionales sin perjuicio de ulterior liquidación.

Se imponen las costas del presente incidente a la parte ejecutada.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de APELACION ante este Juzgado en el plazo de CINCO DIAS a partir del siguiente al de su notificación.

Así lo manda y firma S.S."

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

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación legal de doña Angelina escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó recibir el proceso de ejecución a prueba en esta alzada, acordándose la práctica de la testifical del hijo del matrimonio, Abelardo , lo que tuvo lugar en el día de ayer, en la vista celebrada, con intervención de las respectivas direcciones jurídicas de las partes, y del tribunal, siendo objeto de valoración dicha prueba, emitiéndose los oportunos informes, manteniendo cada parte las pretensiones planteadas en los respectivos escritos de interposición de recurso y de oposición al mismo, quedando los autos pendientes de deliberación, votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, así como en el acto de la vista, y con revocación de la misma, ha solicitado que no se dé lugar a la ejecución despachada, tanto en el auto de fecha 13 de mayo de 2008, como en el auto, hoy apelado, de 4 de diciembre del mismo año, en la cantidad reclamada de 5.772, en concepto de principal, como deuda de la pensión de alimentos en favor del hijo Abelardo devengada en el período que transcurre entre octubre de 2007 y marzo de 2008; reitera los argumentos expuestos en su momento en el escrito de oposición al auto inicial despachando la ejecución, a propósito de la convivencia de dicho hijo con el padre, en Madrid, ciudad en la que cursa sus estudios, negando la convivencia de dicho hijo con la madre, quien reside actualmente en Córdoba.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, y también en el acto de la vista, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el juzgado.

SEGUNDO: Ciertamente, los argumentos expuestos en el auto hoy apelado, abundando en criterios estrictamente formalistas, y con remisión al convenio judicialmente aprobado por sentencia, y advirtiendo que la pretensión planteada por la parte hoy recurrente debe articularse por medio del proceso de modificación de efectos, ha resuelto mantener la ejecución inicialmente despachada por medio del auto de fecha 13 de mayo de 2008.



Sin embargo, es de tener en consideración lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto que las sentencias, y resoluciones en general, deben ejecutarse en sus propios términos, y por mandato, también, de lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución.

Si ello es así, se hace imprescindible para la parte ejecutante fundamentar la petición en el título, derivado del convenio de fecha 19 de mayo de 2003, aprobado por sentencia de 26 de abril de 2004, título de carácter judicial que establece un previo y necesario condicionamiento para el éxito de la pretensión planteada por la demandante, en orden a la reclamación de los alimentos en favor de los hijos, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, cual es la convivencia de los hijos con el progenitor al que, en su día, se otorgó la guarda y custodia de dichos hijos, de tal manera que en el supuesto de hijos mayores, como es el caso, en lo que se refiere al hijo Abelardo, en aplicación del precepto antes aludido, y para que prospere la solicitud de reclamación de la deuda en concepto de pensión de alimentos en un periodo determinado, se hace preciso demostrar que en dicho periodo se mantenía, con carácter estable, permanente y duradero, la convivencia de dicho hijo con el progenitor que, en concepto de administrador de la pensión de alimentos, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 24 de abril de 2000), estaba legitimado para plantear dicha reclamación.

TERCERO: Por el contrario, si tal convivencia no se mantiene en dicho periodo que ha sido objeto de reclamación, sea cual fuere la razón del cese de la misma, es lo cierto que la parte demandante carece de título suficiente y válido al fin pretendido, por lo que faltando uno de los presupuestos señalados en el artículo 93 antes citado, sobre la convivencia, en lo que se refiere a la pensión de alimentos de hijos mayores, en modo alguno puede tener éxito la pretensión planteada por medio de la demanda inicial de ejecución, so pena de dar lugar de modo infundado a un enriquecimiento injusto, en favor del progenitor que ya no convive con dicho hijo, estando exento aquél de afrontar los gastos relativos a los conceptos definidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, causando entonces un severo perjuicio económico al otro progenitor, quien, conviviendo actualmente con dicho hijo, no solamente afronta los gastos establecidos y pactados expresamente en el convenio judicialmente aprobado, de educación, libros, etc., sino también aquellos otros sobre alimentación, vestido, alojamiento y manutención en general de dicho hijo, pues de asumir el planteamiento propugnado por la parte demandante, y no tenido en consideración en el auto apelado, se impone al ejecutado una obligación económica no fundada en título judicial alguno.

En efecto, se ha solventado cualquier duda al respecto, sobre la efectiva convivencia del hijo Abelardo con su padre, en Madrid, en el período que se viene reclamando la deuda en concepto de pensión de alimentos por la parte demandante, pues por medio de la testifical de dicho hijo, practicada en el acto de la vista celebrada en esta alzada, se ha puesto de manifiesto la realidad familiar actual, consistente en la convivencia estable, permanente y duradera de dicho hijo con su padre, prácticamente durante todo el año, dado que dicho hijo cursa los estudios universitarios en esta ciudad, y es el apelado quien de modo directo y periódico afronta todas las necesidades de dicho hijo, en relación al vestido, alojamiento, alimentación, gastos de ocio, etc, además de aquellos otros gastos, de educación y análogos, expresamente asumidos por el recurrente en el convenio judicialmente aprobado, convivencia que sólo se interrumpe puntualmente, algunos días de los periodos de vacaciones, lo que aprovecha dicho hijo para viajar a Córdoba, lugar de residencia de la madre, ignorándose, por otra parte, si dicho hijo, en alguno de sus periodos vacacionales, tiene otros planes de descanso o de ocio, viajes, etc. fuera del entorno y convivencia con su madre.

Por ello, y puesto que falta uno de los presupuestos exigidos en el convenio judicialmente aprobado para mantener vigente, de modo efectivo y material, la obligación del recurrente de abonar la prestación alimenticia, es lo procedente en este trámite de ejecución de sentencia dejar en suspenso la obligación de pago de la pensión de alimentos, por parte del padre y en favor de su hijo Abelardo, mientras se mantenga la situación actual, de convivencia de ambos en Madrid, lo que no es óbice para dejar intacta la posibilidad de la parte apelada de exigir la prestación alimenticia en el periodo de vacaciones de verano, siempre que acredite que dicho hijo convive con la madre en dicho periodo, con posibilidad de plantear la reclamación de modo proporcional al tiempo que se mantenga la convivencia con la madre durante el verano.

El presente trámite de ejecución no es cauce procesal adecuado para declarar otro pronunciamiento al respecto, sin perjuicio de lo que se resuelva de modo definitivo por medio del recurso de apelación planteado contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2009, de modificación de medidas, autos 936/2008, seguidos en el Juzgado de Instrucción número 2 bis de Alcobendas.

Por cuanto antecede, se deja sin efecto la ejecución despachada en el auto apelado, y, por ende, se acuerda la suspensión de la obligación por parte del recurrente de abonar la pensión de alimentos en favor del hijo Abelardo, mientras se mantenga la convivencia entre este último y aquel, si bien con las precisiones y matizaciones antes indicadas.



CUARTO: No obstante la estimación de la oposición planteada, y aun desestimando la demanda de ejecución, dada la especial naturaleza y el objeto que se ventila en el presente procedimiento, afectante a un hijo, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre condena en las costas de la instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- DISPONEMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Doña Ma. Carmen Ortiz Cornago, en la representación de Don Paulino, contra el auto de 4 de Diciembre de 2008, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Alcobendas (Mixto 4), en autos de Oposición a la Ejecución 550/08, seguidos a instancia del mismo contra Doña Angelina, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:

Primero.- No ha lugar a la ejecución interesada por la parte actora en su escrito de demanda de ejecución, dejando sin efecto lo resuelto en el auto hoy apelado.

Segundo.- Se acuerda dejar en suspenso la obligación por parte del recurrente de abonar la pensión de alimentos a favor del hijo Paulino, mientras se mantengan las circunstancias personales, familiares y materiales actuales, expuestas en los fundamentos jurídicos de la presente resolución.

Tercero.- Se autoriza a la parte ejecutante a exigir la prestación alimenticia, con cargo al padre, y en favor de dicho hijo Abelardo, correspondiente al período de vacaciones escolares de verano, previa acreditación de la convivencia durante dicho período de dicho hijo con su madre, y en la parte proporcional que corresponda a dicho período de convivencia.

Todo lo anterior se acuerda sin perjuicio de lo que se resuelva de modo definitivo y firme en el procedimiento de modificación de medidas, autos 936/2008, seguidos en el Juzgado de Instrucción número 2 bis de Alcobendas.

No se hace declaración sobre condena en las costas de la instancia ni del recurso.

Al notificar la presente resolución a las partes, hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.