



Roj: **AAP B 4228/2018 - ECLI:ES:APB:2018:4228A**

Id Cendoj: **08019370122018200332**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **23/07/2018**

Nº de Recurso: **1085/2017**

Nº de Resolución: **365/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA PILAR MARTIN COSCOLLA**

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.: 0818742120070178041

Recurso de apelación 1085/2017 -R2

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 135/2016

Parte recurrente/Solicitante: Adelaida

Procurador/a: Andres Carretero Perez

Abogado/a: FRANCISCA LOZANO AYALA

Parte recurrida: Eulalio

Procurador/a: Monica Lopez Manso

Abogado/a: EDGAR Z. MEDINA GARCIA

AUTO Nº 365/2018

Magistrados:

D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Dª Pilar Martin Coscolla

Dª María Isabel Tomás García

Barcelona, 23 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30 de octubre de 2017 se han recibido los autos de Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 135/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador Andrés Carretero Pérez, en nombre y representación de Adelaida contra Auto de 02/06/2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Mónica Lopez Manso, en nombre y representación de Eulalio .



SEGUNDO.- El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"QUE ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA OPOSICIÓN formulada por la representación de D. Eulalio , y declaro la procedencia de que la ejecución despachada por Auto de fecha 20 de septiembre de 2016 siga adelante por la cantidad de OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS EUROS CON VENTICUATRO CÉNTIMOS DE EURO (8.756,24€) en concepto de principal, más un 30% que prudencialmente se fija para intereses y costas, sin perjuicio de posterior liquidación, todo ello con expresa imposición de las costas del incidente a la parte ejecutante."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 26/06/2018. Ha sido ponente la Magistrada D^a Pilar Martín Coscolla.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Para una correcta comprensión de la problemática planteada es preciso partir de sus antecedentes tal como se desprenden de la documentación remitida por el juzgado; así, las partes mantuvieron una relación de pareja estable de la que nació su hija Estela el día NUM000 de 2002; se separaron en julio de 2003 y *regularon la situación de la misma en convenio de 29 de septiembre de 2003 recogido en la sentencia de 4 de noviembre de 2003* dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 5 de DIRECCION000 en sus autos de juicio verbal de menores 695/2003.

La progenitora era de vecindad civil andaluza y el padre de vecindad civil catalana, habiendo nacido la hija en DIRECCION000 ; tras la separación madre e hija marcharon a vivir a Málaga, haciendo lo mismo el padre sin que sepamos la fecha concreta pero ya vivía allí cuando el 28 de septiembre de 2007 la señora Adelaida interpuso la primera demanda ejecutiva (folio 1 de las actuaciones remitidas por el juzgado) que dio lugar al auto despachando ejecución de 25 de octubre de 2007; posteriormente interpuso tres ampliaciones más que dieron lugar a los autos de 5 de marzo de 2008, 22 de enero de 2009 y 16 de julio de 2010 interponiendo el demandado oposición sólo contra este último que fue estimada parcialmente por auto de 16 de noviembre de 2011; después hubo una cuarta ampliación que abarcaba hasta el impago de la pensión alimenticia de febrero de 2012 que fue despachada por auto de 21 de mayo de 2012 contra el que se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por auto de esta misma Sección 12^a de fecha 3 de abril de 2014 .

En fecha 29 de febrero de 2016 la Sra. Adelaida interpuso una nueva ampliación por el impago de las mensualidades de pensión alimenticia de marzo de 2012 a febrero de 2016 por 11.593,93 € más la mitad de los gastos extraordinarios de inglés, médico y viaje de fin de curso que ascendía a 172,4 €. La cantidad total reclamada era de 11.766,33 € y así se recogió en el auto despachando la ampliación de fecha 20 de septiembre de 2016.

Se opuso el demandado alegando la prescripción trienal del artículo 121-21 del Código Civil de Cataluña respecto de las pensiones de marzo de 2012 a enero de 2013 ambas incluidas y, en cuanto a los gastos extraordinarios, alegó que no había consentido la realización del viaje de fin de curso de la hija y que por tanto no tenía que pagar la mitad. La actora impugnó la oposición considerando que la normativa aplicable en cuanto a la prescripción es la del Código Civil estatal de cinco años dada la vecindad civil andaluza de ambas partes o, subsidiariamente, de considerarse que es la del Código Civil catalán aduce la existencia de causas interruptivas de dicha prescripción así como que todas las ampliaciones derivan de la ampliación automática que se efectuó en el primer auto de 25 de octubre de 2007 a los sucesivos impagos; respecto del viaje de la hija común afirmó que el padre lo había consentido.

Por auto de fecha 2 de junio de 2017 se estimó íntegramente la oposición reduciendo el despacho por principal a la cantidad de 8756,24 € e imponiendo las costas del incidente de oposición a la parte ejecutante. Considera la juez a quo que independientemente de la vecindad civil de uno u otro progenitor, las relaciones paterno filiales en el momento de la ruptura de la pareja se regularon por el entonces vigente Código de Familia de Cataluña tal como consta en la sentencia de 4 de noviembre de 2003 por lo que la legislación aplicable a las medidas allí recogidas no puede variarse posteriormente por la petición interesada de una parte; en segundo lugar considera que la prescripción de tres años no se ha visto interrumpida y que no puede aceptarse que



con la referencia genérica a una ampliación automática de los posteriores impagos sea suficiente si no se presenta la concreta solicitud de ampliación de despacho por conceptos y cantidades determinados.

Este auto es apelado por la parte ejecutante insistiendo en sus argumentos, frente a los que se opone el ejecutado solicitando su confirmación.

SEGUNDO.- Adelantaremos la estimación del recurso ya que conforme al art. 16.1 de la Código Civil estatal los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV y en este, dentro del artículo 9.7, se indica que " *el derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y del alimentante; no obstante se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común* ". Y en el último párrafo de dicho apartado se dice: " *en caso de cambio de la **nacionalidad** común o de la residencia habitual del alimentista, la nueva ley se aplicará a partir del momento del cambio* ". En consecuencia no puede estarse al momento estático del dictado de la sentencia de guarda y alimentos como se ha hecho en la resolución de instancia. En el presente caso cuando nació la hija su madre tenía vecindad civil andaluza y el padre vecindad civil catalana; en estos casos el artículo 14.3 del repetido texto indica que si al nacer el hijo los padres tuviesen distinta vecindad civil el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes y, en su defecto, la del lugar de nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común. En consecuencia Estela obtuvo al nacer en DIRECCION000 la vecindad civil catalana pero, desde la ruptura de sus padres en verano de 2003, pasó a residir junto con su madre en Málaga; cuando se interpuso la demanda de ampliación que nos ocupa en febrero de 2016 llevaba casi 13 años residiendo en dicha ciudad por lo que, no habiendo manifestado sus padres nada en contrario durante los 10 años siguientes al cambio de residencia, había adquirido la vecindad civil andaluza conforme al artículo 14.5.2º del CC estatal y en Andalucía, al no tener normativa civil propia, se aplica la prescripción quinquenal del artículo 1966 de dicho texto para las acciones que exijan el cumplimiento del pago de pensiones alimenticias; se ignora si el padre tiene actualmente o no también la vecindad civil común o sigue teniendo la catalana pero, en cualquier caso, y aunque la hija siguiera ostentando la catalana, el artículo 9.7 que más arriba hemos transcrito, tras indicar que en principio la prestación de alimentos entre parientes se regulará por la ley nacional común de alimentista y alimentante indica que no obstante se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común y por tanto debe aplicarse la normativa que más favorece la obtención completa de las pensiones impagadas, en este caso la de la residencia habitual de la hija.

Estimado el motivo principal de oposición en relación con la prescripción, no cabe entrar en el análisis de las alegaciones subsidiarias sobre el mismo tema.

En cuanto a *los gastos del viaje de fin de curso de la etapa de primaria* afirma la progenitora que el padre había prestado tácitamente su consentimiento; él lo niega y además añade que al ser un gasto escolar está incluido ya dentro de la pensión alimenticia; esto último no puede aceptarse ya que dentro de los gastos de formación de la pensión de alimentos se incluyen todos los recibos emitidos por el colegio durante el curso en relación con la actividad académica; el viaje de fin de curso no reúne estos caracteres, no está en el curriculum escolar y se trata de un gasto extraordinario que, para deber ser atendido por ambos progenitores, tiene que ser necesario o estar aceptado por ambos; en cuanto a la necesidad, no cabe sino indicar que es algo conveniente para la socialización y normalización de los hijos, siendo un colofón a la terminación de la etapa escolar que suele conllevar una mayor y beneficiosa relación con sus compañeros, pero no entraremos en analizar tal necesidad porque no se ha llevado a cabo el proceso de determinación de gastos extraordinarios previsto en el artículo 776.4 de la LEC . Sí apreciaremos en cambio el consentimiento tácito del progenitor ya que algo tan importante para un hijo adolescente como un viaje de fin de curso fuera de su residencia habitual es evidentemente un tema de conversación familiar y el Sr. Eulalio no puede negar el desconocimiento del mismo so pena de tener que ser considerado como un padre no implicado en las circunstancias de la vida de su hija, de hecho no niega tal conocimiento; el hecho de que no manifestase expresamente a la madre su negativa a que la hija fuese a este viaje supone una aceptación tácita a su realización; tampoco consta su negativa por escrito como sí ha hecho en ocasiones con alguna actividad extraescolar; por tanto debe entenderse a todos los efectos que llevó a cabo un consentimiento o aceptación tácita del viaje de fin de curso de Estela y por tanto que debía pagarlo por mitad con la madre.

TERCERO.- Conforme al artículo 561.1.1ª, segundo párrafo de la LEC , el auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de esta al ejecutado conforme a lo dispuesto en el artículo 394 para la condena en costas en primera instancia y éste contiene la salvedad de que en el caso existan serias dudas de hecho o de derecho; en el que nos ocupa se han planteado las dudas jurídicas sobre la normativa aplicable al tema de la prescripción, por lo que este tribunal considera que no es procedente una especial condena en las



costas del incidente de primera instancia; evidentemente se revocará la condena en costas a la ejecutante que contiene el auto apelado.

Dada la estimación del recurso de apelación, no procede efectuar una especial imposición de las costas de esta alzada conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC .

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto se estima el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Adelaida contra el auto de fecha 2 de junio de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000 en el incidente de oposición nº 135/2016 derivado del proceso de ejecución 1265/2007 que se revoca y deja sin efecto en su totalidad. En su lugar se desestima la oposición interpuesta por el Sr. Eulalio contra el auto despachando ejecución de fecha 20 de septiembre de 2016 por importe de **11.766,33 € por principal, el cual se mantiene, sin especial pronunciamiento sobre las costas del incidente de oposición.**

Sin pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :