

# EDJ 2008/376468

AP Pontevedra, sec. 1ª, A 5-6-2008, nº 122/2008, rec. 385/2008

Pte: Almenar Belenguer, Manuel

## Resumen

*Revoca la Sala el pronunciamiento de la instancia, que estimó parcialmente la oposición a la ejecución; al estimar en parte el recurso de apelación formulado por el ejecutado. Considera la Sala, entre otras cuestiones, que al momento desde el que son debidos los alimentos objeto de reclamación, siendo de aplicación el art. 148 CC, es desde que se necesitaren, siendo abonables desde la fecha en que se interponga la demanda.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.140 , art.142 , art.148

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

SENTENCIA

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Fijación de importes

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Ejecutado,Ejecutante; Desfavorable a: Endosante,Endosatario

Procedimiento:Ejecución de sentencias y demás títulos judiciales

### Legislación

Aplica art.140, art.142, art.148 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - EJECUCIÓN DE SENTENCIA - Fijación de importes SAP Pontevedra de 26 septiembre 2007 (J2007/249734)

Cita en el mismo sentido sobre SENTENCIA - EJECUCIÓN DE SENTENCIA - Fijación de importes SAP Valencia de 14 enero 2003 (J2003/11579)

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución dictada en primera instancia y a los que se añaden los siguientes,

PRIMERO.- En fecha 28 de febrero de 2008 se pronunció por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Caldas de Reis, en los autos de ejecución de título judicial núm. 444/07, auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la oposición a la ejecución planteada por D. Amador, representado por la Sra. Castro Rivas, frente a Dª Dolores, representado por Dª Dolores (sic), y DECLARO que la presente ejecución debe continuar por las cantidades de 460'85 euros en concepto de principal y 138,25 euros presupuestados para intereses y costas.

Todo ello sin expresa imposición de las costas del presente incidente de oposición a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- La referida resolución se notificó a las partes, con el siguiente resultado:

1º Por la representación de la ejecutante se preparó recurso de apelación, formalizado mediante escrito presentado el 7 de abril de 2008 y en virtud del cual, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte resolución por la que se revoque el auto recurrido en el único extremo de incluir como partidas correspondientes a gastos extraordinarios las cantidades abonadas por la recurrente en la tienda de ropa "Pequeniños" y en la librería "Limar".

2º Por la representación del ejecutado se preparó recurso de apelación, formalizado mediante escrito presentado el 10 de abril de 2008 y en virtud del cual, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte resolución por la que, dando lugar al recurso, se revoque totalmente el auto de fecha 25 de marzo de 2008, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra determinada providencia, y parcialmente el auto de 28 de febrero de 2008, por el que se resolvió la oposición a la ejecución, determinando que la ejecución procede únicamente por la cantidad de principal de 20 euros, con expresa imposición de costas a la adversa, si se opusiere al presente recurso.

TERCERO.- Dado traslado de los recursos a la respectiva contraparte, por ambas representaciones se presentó escrito interesando la desestimación del presentado por la adversa, tras lo cual con fecha 20 de mayo de 2008 se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección Primera, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó ponente al magistrado Sr. Manuel Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO.- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes fácticos de interés para la resolución del recurso los siguientes:

1º Mediante escrito presentado el 19 de septiembre de 2006, Dª Dolores solicitó la adopción de medidas provisionales previas a la demanda de separación matrimonial frente a D. Amador, tramitándose el expediente núm. 377/06, en el que con fecha 18 de octubre de 2006 se dictó auto por el que, entre otros extremos, se acordó que el padre contribuiría a sufragar los gastos para alimentos de la menor en la suma de 280 euros mensuales, así como la mitad de "los gastos extraordinarios, tales como material escolar, gastos médicos no cubiertos por sistema de cobertura público o privado u otros análogos para la adecuada asistencia de la menor".

2º En fecha 30 de octubre de 2006, D. Amador formuló demanda de divorcio contra Dª Dolores, que a su vez interpuso el 30 de noviembre siguiente demanda de divorcio frente a su esposo, sustanciándose los autos de divorcio contencioso núm. 442/06, en los que con fecha 17 de abril de 2007 se pronunció sentencia por la que, estimando en parte ambas demandas, se dio lugar a la disolución del matrimonio por causa de divorcio y se estableció, entre otras medidas, la obligación del padre de contribuir "en concepto de pensión de alimentos para su hija en la suma de 300 euros mensuales... Igualmente, el padre contribuirá a la mitad de los gastos extraordinarios generados por la atención de su hija. Se considerarán gastos extraordinarios aquellos gastos médicos no cubiertos por sistema de cobertura público o privado, adquisición de libros de texto y otro material escolar necesario, o cualesquiera otros imprevisibles y necesarios o convenientes para la adecuada atención de la hija. Debiendo el progenitor custodio consultar con el no custodio antes de realizar tales gastos, salvo imposibilidad por razón de la naturaleza o urgencia de los mismos."

3º La mencionada sentencia fue confirmada, en lo que aquí nos interesa, por la dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra en fecha 26 de septiembre de 2007 EDJ 2007/249734 al conocer de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes.

4º Con fecha 5 de noviembre de 2007, Dª Dolores demanda de ejecución contra su ex cónyuge en reclamación de la cantidad de 1.074,5 € de principal, que corresponden al importe de la mensualidad generada desde la presentación de la solicitud de medidas provisionales hasta la notificación del auto dictado en las mismas (280 €) y a la mitad de los gastos extraordinarios devengados (794,5 €).

5º Mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2008, el ejecutado se opuso a la ejecución alegando, por este orden, la excepción de pluspetición -por entender que, por una parte, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias objeto de ejecución, que datan de 17 de abril y de 26 de septiembre de 2007, solo procedería el pago de 140,85 € correspondiente al 50% de las sumas de las dos facturas aportadas, de fechas 4 de septiembre de 2007 y 6 de octubre de 2007, pero no las demás, que no solo son de fecha anterior a las resoluciones ejecutadas, sino que incluso algunas corresponden a un período anterior a la presentación de la demanda de divorcio y a la presentación del procedimiento previo de medidas provisionales, sin que ninguna de las dos sentencias atribuya efectos retroactivos a los pronunciamientos que contienen, y, por otra parte, respecto a la pensión por alimentos, el auto que acordó las medidas provisionales previas ni es objeto de ejecución ni tampoco recoge pronunciamiento condenatorio alguno con efectos retroactivos- y la nulidad parcial del auto despachando ejecución -al acordar el despacho de ejecución respecto de cantidades no contempladas en las sentencias ejecutadas-.

6º Centrado así el debate, el Juzgado "a quo" estima parcialmente la oposición al considerar, primero, que, la presente ejecución se funda en dos títulos judiciales, y, segundo, que la obligación de alimentos, incluidos los establecidos en las sentencias de separación o divorcio, se devenga desde el momento de su reclamación mediante la presentación de la demanda, por lo que, al no cuestionarse la falta de pago ni la naturaleza de los gastos reclamados, procede continuar la ejecución por el importe de la mensualidad correspondiente al mes transcurrido entre la solicitud de medidas provisionales y el auto dictado en tal procedimiento (280 €) y el 50% del total de las facturas y resguardos posteriores al 19 de septiembre de 2007 (80 €, de 29 de agosto de 2007-, 70 €, de 4 de septiembre de 2007, y 211,70 €, de 6 de octubre de 2007, y 120 €, de octubre sin más datos), descartando las facturas de la librería "Limiar" (una por ser anterior al 19 de septiembre de 2006 y la otra por no aparece datada) y de la zapatería "Pequeñiños" (al ser anterior al 19 de septiembre de 2006).

Frente a esta última resolución se alzan tanto la parte ejecutante, como la parte ejecutada, que además extiende su impugnación al auto que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra una providencia que ordenó traer testimonio del auto resolutorio de medidas provisionales.

SEGUNDO.- Recurso de D. Amador .

Razones de método aconsejan comenzar el estudio por el recurso formulado por D. Amador, dado que su estimación haría inviable el planteado por la parte ejecutante.

El recurrente basa su impugnación en tres motivos: en primer lugar, se insiste en que el auto recurrido es nulo al acordar el despacho de ejecución sobre cantidades no contempladas en la sentencia de divorcio, que es la única resolución que se ejecuta; en segundo lugar, porque ni la sentencia de divorcio ni el auto de medidas provisionales contienen pronunciamientos con efectos retroactivos; y, finalmente, porque la resolución incurre en error al incluir 80 € por el ticket de 29 de agosto -pues se emite por 40 € y no por 80 €- y 120 € de "octubre" -al no constar el año-.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones suscitadas, basta leer el último párrafo del antecedente de hecho segundo de la solicitud de ejecución para comprobar que la ejecutante instó la ejecución tanto de la sentencia de divorcio como del auto de medidas provisionales previas. Es más, si restara alguna duda, la propia ejecutante aclaró, al ser requerida por el Juzgado mediante providencia de 29 de noviembre de 2007, que "constando en autos que no se ha abonado la cantidad correspondiente a la mensualidad que transcurre hasta el dictado de la resolución en la que se acuerda la misma, es por lo que entendemos procedente como obligación "ex lege" que es y que no viene constituida por la sentencia sino que resulta meramente declarada"; aclaración que dio lugar a que, con fecha 3 enero de 2008, se dictara auto por el que se despachó ejecución por el total reclamado por los gastos extraordinarios y la pensión alimenticia establecida en el auto de medidas, al que se hace expresa referencia en el antecedente de hecho único.

En otras palabras, en el procedimiento se ejecutan dos títulos judiciales íntimamente relacionados: el auto de medidas provisionales previas y la sentencia, sin que exista ninguna norma que impida tal acumulación, máxime si tenemos en cuenta la naturaleza provisional e instrumental de la primera resolución respecto de la segunda.

La segunda de las cuestiones litigiosas estriba en determinar si el art. 148 párrafo 1º C.C EDL 1889/1 . ("la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda") es o no aplicable al pronunciamiento que, sobre la pensión de alimentos a favor de la hija y pago del 50% de los gastos extraordinarios, se establece tanto en el auto por el que se resuelve la solicitud de medidas previas a l demanda como en la propia sentencia de divorcio.

Y el correcto análisis de este punto exige dilucidar, primero, si la retroacción prevista en el art. 140 C.C EDL 1889/1 . está circunscrita a los alimentos reclamados al amparo de los arts. 142 y ss. C.C EDL 1889/1 ., o, por el contrario, puede predicarse de cualesquiera procedimientos en los que se reclama y resuelva sobre una petición de alimentos; y, segundo, en caso de responder afirmativamente este interrogante, si es posible asimilar a los "alimentos" el concepto de "gastos extraordinarios".

Por lo que se refiere al primer extremo, ya esta Sala se pronunció sobre la cuestión en el rollo núm. 315/99, declarando que "La segunda cuestión atañe al momento desde el que son debidos los alimentos señalados en la sentencia de separación en favor de la hija. Ninguna duda debe suscitarse al respecto; es de aplicación, por la identidad de razón, lo que dispone el art. 148 del CC EDL 1889/1 , de tal modo que se entiende que los alimentos, exigibles desde que se necesitaren, son abonables desde la fecha en que se interponga la demanda. El marido recurrente trata de justificar que la cantidad solo sea debida desde la firmeza de la sentencia en el hecho de que la esposa no haya solicitado ni medidas previas ni coetáneas. Sin embargo, tal argumento encierra un concepto de preclusividad que la ley no avala. Pero es que, además, implica una subversión conceptual al tratar de supeditar la retroacción de la deuda alimenticia a la fecha de la demanda, a la petición de medidas provisionales, es decir, vincula la retroacción de efectos desde la demanda a la petición de medidas, considerando que éstas son la causa de aquél, cuando ocurre exactamente lo contrario: porque los alimentos ya son debidos desde la fecha de interposición de la demanda (y aun con anterioridad dada la preexistencia del vínculo familiar y por ende de la fuente de la obligación) es la razón por la que el Código Civil EDL 1889/1 admite que aquellos puedan ser solicitados con carácter previo y coetáneo a la demanda" (Auto Sec. 1ª de 26 de mayo de 1999, ponente Sr. Picatoste Bobillo).

Véanse en la misma línea las resoluciones de esta misma Sala de 14 de enero de 2004 y de la A.P. Valencia, Sec. 10ª de 14 de enero de 2003 EDJ 2003/11579 , A.P. Madrid, Sec. 22ª de 5 de octubre de 2001, A.P. Lugo de 10 de octubre de 2000, A.P. Baleares Sec. 4ª de 1 de febrero de 2000, y A.P. Tarragona, Sec. 1ª de 1 de julio de 1999 .

En cuanto al concepto de "gastos extraordinarios", si con arreglo al art. 142 CC EDL 1889/1 , por alimentos se entiende "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica", así como "la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable", no hay duda de que los que se reclaman por la ejecutante como tales "gastos extraordinarios" integran la categoría de "alimentos" a los efectos enjuiciados.

Distinto pronunciamiento merece el último de los motivos. La revisión de los tickets y facturas aportadas por la ejecutante pone de manifiesto que, efectivamente, el ticket de la zapatería "Pequeñiños" fue emitido por 40 €, obedeciendo la repetición de esta cifra a que primero se indica el precio de la pieza y luego el total, que coincide al tratarse de un solo producto, mientras la factura de "Minerva" no recoge el año al que corresponde, sin que pueda admitirse la explicación de que no se trata de un extremo controvertido porque la parte ejecutada impugnó los documentos precisamente en atención a las fechas.

Procede, pues, estimar parcialmente el recurso interpuesto.

TERCERO.- Recurso de Dª Dolores .

La parte ejecutante impugna la exclusión como gastos extraordinarios de las cantidades que, en relación con dicho concepto, abonó en la tienda "Pequeñiños", de fecha 5 de septiembre de 2006, y en la librería "Limiar", de fecha 12 de septiembre de 2006, referidas ambas a material escolar y uniforme escolar, argumentando que, aunque es cierto se trata de facturas anteriores a la solicitud de medidas provisionales, el gasto se originó cuando el padre ya había abandonado el domicilio conyugal y la hija había quedado desprotegida, realizándose en todo caso el uso de dicho material en fecha posterior a aquella solicitud.

El razonamiento no puede prosperar porque, sin perjuicio del derecho que pudiese corresponder a la Sra. Dolores para reclamar la parte proporcional del desembolso efectuado, aquí nos encontramos ante un procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en el que, como su propio nombre indica, se trata de ejecutar lo acordado en determinadas resoluciones judiciales, sin que la previsión que

contiene el art. 148 CC EDL 1889/1 en relación con la retroacción del devengo de los alimentos pueda extender arbitrariamente a un momento previo no recogido en la ley.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso interpuesto por el ejecutado comporta que no se haga pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, en tanto que la desestimación del formulado por la ejecutante determina que se impongan las costas generadas por dicho recurso, lógicamente circunscritas al montante de la cantidad a que se contrae dicho recurso (art. 398 LEC EDL 2000/77463 ).

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

## **FALLO**

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Dolores, no personada en esta alzada, y estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por D. Amador, no personado en esta alzada, contra el auto dictado el 28 de febrero de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Caldas de Reis, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de excluir de la ejecución las partidas que se indican en el fundamento jurídico segundo.

Se imponen a la ejecutante las costas devengadas por su recurso, sin que haya lugar a pronunciamiento de condena alguno en relación con las causadas por el recurso formulado por la parte ejecutada.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 36038370012008200110