



Roj: AAP SS 23/2012  
Id Cendoj: 20069370032012200012  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Donostia-San Sebastián  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 3427/2011  
Nº de Resolución: 13/2012  
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000  
Ponente: JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL  
Tipo de Resolución: Auto

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA  
GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA**

**Sección / Sekzioa:** 3ª/3.

SAN MARTIN 41-2ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000713

Fax / Faxes: 943-000701

N.I.G. / IZO : 20.03.2-06/002330

**R.apelación L2 / E\_R.apelación L2 3427/2011**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Servicio Común Procesal-Sección de Ejecución de Bergara / Bergarako Zerbitzu Erkide Prozesala - Betearazpeneko Atala

Autos de Pieza oposición a la ejecución LEC 2000 3000004/2011 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: Amelia

Procurador/a/ Prokuradorea:MIGUEL ANGEL OTEIZA ISO

Abogado/a / Abokatua:

Recurrido/a / Errekurritua: FISCAL y Mario

Procurador/a / Prokuradorea: NEREA ARIÑO DELGADO

Abogado/a/ Abokatua:

**A U T O Nº 13/2012**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMO/A SR/A PRESIDENTE :** D/Dª JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL

**MAGISTRADO/A :** D/Dª LUIS BLANQUEZ PEREZ

**MAGISTRADO/A :** D/Dª MARIA CARMEN BILDARRAZ ALZURI

**LUGAR :** DONOSTIA - SAN SEBASTIAN

**FECHA :** veinte de febrero de dos mil doce

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bergara , se dictó auto con fecha 24-6-2011 , que contiene el siguiente FALLO: " **Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO** la oposición a la ejecución despachada por el Auto de 12 de abril de 2011 y que fue instada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Ariño en nombre y representación de D. Mario ; mandando seguir adelante la ejecución despachada.

No se hace especial pronunciamiento en materia de costas."

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso recurso de apelación contra ella, que fué admitido y previa la formulación por las partes de los oportunos escritos de alegaciones, se elevaron los autos a este Tribunal, dictándose resolución señalando día para la deliberación , votación y fallo.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**VISTO.-** Siendo Ponente en esta instancia la lltma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> JUANA MARIA UNANUE ARRATIBEL.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el recurso de apelación se contienen las siguientes alegaciones, en oposición al despacho de ejecución y ello por motivos procesales:

.- vulneración del art 551 párrafo 3 de la L.E.Civil al no haberse dictado el decreto con la correspondientes medidas coercitivas concretas que resulten precedentes y se desconocen cual sea el objeto de la ejecución , que gestiones se le exigen , pues no existe decreto que concrete los actos a ejecutar y se le priva de la posibilidad de interponer recurso de revisión.

.-existencia de defectos procesal contemplado en el nº 3 del art 559 de la L.E.Civil y la ejecución es readicalmente nula , al no contener la resolución que se pretende ejecutar pronunciamiento alguno en que imponga al ejecutado la obligación que consta en el auto de 12 de abril de 2.011.

Por ello , se dicte auto estimando la oposición a la ejecución y acordando declarar la nulidad de la ejecución por motivos procesales , dejando sin efecto la ejecución despachada , con imposición de las costas al ejecutante.

**SEGUNDO.-** Dado el contenido de los motivos de recurso y los motivos de oposición al despacho de ejecución que son de índole procesal , el primero , relativo al procedimiento , a la infracción del cauce procedimental al no haberse dictado decreto con las concretas medidas a ejecutar y el segundo , que afecta al propio título en que se despacha ejecución , lo que implicara que proceda examinar ab initio el segundo de los motivos , el relativo al concreto título que se ejecuta de conformidad con el art 559- 1- 3 de la L.E.Civil .

En el presente procedimiento , en la demanda ejecutiva que insta D. Mario frente a D<sup>a</sup> Amelia señalando que en la sentencia de divorcio se estableció en concepto de alimentos para los dos hijos del matrimonio , Daniel y Naroa , la cantidad de 500 euros, y en el fundamento quinto al detallar las necesidades de los menores hace mención al gasto de clases particulares de Daniel , existía al acordarse el divorcio y fue tenido en cuenta a la hora de fijarse el importe de la pensión de alimentos , pese a ello , lo más cierto es que , tras el divorcio , el curso siguiente el menor Daniel no ha recibido dichas clases particulares , por lo que el actor considera que lo más cierto es que el ha estado abonando y la Sra Amelia percibiendo , indebidamente el importe de las mismas , concepto que se contabilizó en el importe de la pensión de alimentos y que supone un enriquecimiento injusto en la Sra Amelia , en detrimento del actor y del propio hijo , por ello el actor , tras la reunición con la tutora de Daniel con ambos progenitores , se puso con en contacto con el centro que aconsejó la necesidad de que Daniel recibiera clases particulares y asistiera a las clases de refuerzo que ofrece el centro en el mes de julio , lo que no se ha producido, habiendo trasladado a la Sra Amelia la urgente necesidad de que el menor reciba las citadas clases particulares.

Por ello se solicita , se acuerde requerir a la ejecutada a fin de que a la mayor brevedad realice las gestiones necesarias a fin de que el hijo de las partes , Daniel , reciba clases de apoyo escolar , bien con un profesor particular , bien en una academia/ sufragando de forma exclusiva el coste de las mismas.

Con la misma se aporta el título ejecutivo, la sentencia de divorcio de 11 de diciembre de 2.007 en la que se acuerda la guarda y custodia de los menores a la madre , manteniéndose la patria potestad compartida , uso de la vivienda a la misma y al ejecutante la obligación de contribuir en concepto de alimentos en la suma de 500 euros y gastos extraordinarios por mitad.

En el fundamento quinto de la citada resolución y en orden a establecer la pensión por alimentos se examinan las necesidades de los menores se contempla las clases particulares de Daniel por importe de 150 euros al mes.

Por auto de 12 de abril de 2.011 se despacha ejecución con la siguiente parte dispositiva:

1.-Se dicta ORDEN GENERAL DE EJECUCION y se despacha la misma a faavor de Mario , parte ejecutante, frente a Amelia parte ejecutada.

2.- Requierase a Amelia a fin de que a la mayor brevedad realice las gestiones necesarias a fin de que el hijo de las partes, Daniel , reciba clases de apoyo escolar bien con un profesor particular bien en una academia.

En la oposición en síntesis se alegan los mismos motivos de oposición que el recurso de apelación.

Al folio 12 obra informe de Psicopedagogia Zentrua de fecha 2 de febrero de 2.007 en que consta: " El niño Daniel de 7 años y 2 meses de edad, acude a consulta acompañado de su madre por presentar dificultades en el rendimiento escolar y encontrarse en un momento difícil debido a la situación que está viviendo a causa de la separación de sus padres.

Después de realizar la oportuna exploración psicológica, observamos que Daniel presenta unas capacidades intelectuales buenas, se observan dificultades en la escritura y en la lectura, pero más debido a la falta de atención y de motivación que a otras razones. Por otro lado, aparece como un niño muy inquieto, inmaduro para su edad, está constantemente llamando la atención y con escasa capacidad de frustración.

A tenor de estos resultados, hemos recomendado el comienzo de una terapia".

Y informe de Osakidetza de 1 de marzo de 2.011 en que se recoge: "Niño de 11 años de edad, que es atendido en este CSM desde febrero de 2010. El motivo de consulta son los problemas de relación y bajo rendimiento académico.

Tras valoración psicológica se descarta Trastorno de déficit de atención. Se observa estado emocional inestable reactivo a situación **familiar** actual ( padres separados). La relación entre ambos progenitores no es fluida y tienen dificultad para llegar a acuerdos con respecto a la educación y relación con Daniel en este caso. A Daniel le cuesta expresar sentimientos de forma verbal y su forma de exteriorizarlos es con su impulsividad conductual y en ocasiones tendencia al llanto ante conflictos.

Este estado emocional también le repercute en su capacidad para centrarse en las tareas y autocontrol.

La evolución de Daniel está siendo irregular dependiendo de diferentes estados emocionales. Pero cada vez está siendo más capaz de regularse emocionalmente y como consecuencia mejorar sus relaciones con iguales.

**Se recomienda a los padres ponerse en contacto con asociación AGIPASE para mediación familiar, para aspectos relacionados con educación de los hijos, y posibilidad de ayuda de un educador familiar.**

Informe para uso exclusivamente clínico.

Informe solicitado por padre del paciente".

También obra sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Bergara de 11 de febrero de 2.008 frente al ejecutante por una falta de incumplimiento de obligaciones **familiares** en que se absuelve al mismo.

El Ministerio Fiscal solicita la estimación de la oposición en base al art 551-3 de la L.E.Civil , por no haberse dictado el decreto.

Y por auto de 23 de junio de 2.011 se desestima la oposición.

**TERCERO.-** En esta materia y en cuanto a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas se contienen en el art 776 de la L.E.Civil y en concreto , se previenen especialidades para el incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo y de las obligaciones del régimen de medidas.

En el marco de la ejecución de una resolución judicial, como la que nos encontramos , de los pronunciamientos de la misma la única oposición posible era el pago o cumplimiento, art 556 de la L.E.Civil , y mayores dificultades se plantean en orden a establecer el cumplimiento en los supuestos de obligaciones personalísimas.

Sin que pueda en modo alguno procederse a la ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de la constitutivas , art 517-1 de la L.E.Civil .

Y tampoco puede perderse de vista que en el ámbito de la patria potestad conjunta de los menores tras el divorcio competera el ejercicio de la misma a ambos progenitores , que han de adoptar las decisiones relevantes en relación a los menores de común acuerdo , ya que de conformidad con el art 154 del C.Civil , la educación y formación integral de los menores, es uno de los contenidos del derecho - deber que constituye la patria potestad.

El ejercicio del mismo se contempla en el art 156 del C.Civil que previene que se ejercera conjuntamente por ambos o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro y que seran válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad y en caso de desacuerdo podra cualquiera de ellos acudir al Juez , que después de oír a ambos y al menor si fuera mayor de doce años , resolvera sin ulterior recurso.

Y en el mismo artículo in fine señala que si los padres viven separados la patria potestad se ejercera por aquel con quien el hijo conviva.

Como ya se ha expuesto señalar que del examen de la presente demanda y la sentencia que a través de la misma se pretende ejecutar , el concreto título ejecutivo ex art 517-2-1 de la L.ECivil no se contiene pronunciamiento alguno en relación al extremo que se trata de ejecutar , no se contiene pronunciamiento alguno imponiendo la obligación personalísima y por ende , prima facie debe estimarse el motivo de oposición , si bien la guarda y custodia se atribuye a la ejecutada , a la madre , la patria potestad es conjunta para ambos progenitores y en el marco de la misma estarían las obligaciones de los progenitores de proporcionar a los menores la educación y formación necesaria , incluso cuando lo necesitaran , los pertinentes apoyos psicológicos y académicos necesarios, que integrarían en su caso , el ámbito de los gastos extraordinarios y cuestiones a acordar en el ejercicio de la patria potestad mediante acuerdo de ambos cónyuges , pero en modo alguno a través del trámite de ejecución de una resolución judicial , trámite para el que se exige la existencia en la misma , en la resolución , de un pronunciamiento calra y palmario susceptible de ejecución, por lo que ha de acogerse la oposición ex art 559-1-3 de la L.E.Civil .

**CUARTO.-** La estimación del recurso supone la no imposición de costas en la alzada , arts 561 , 397 y 398-2 de la L.E.Civil ni en la instancia a la vista de la existencia de dudas de hecho y de derecho ex art 394-1 in fine de la L.E.Civil .

## PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Amelia contra el auto dictado por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 3 de Bergara de fecha 24 de junio de 2.011 y ; debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el sentido de estimar la oposición articulada de conformidad a lo expuesto en los razonamientos de la presente resolución y sin pronunciamiento en costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los/as Ilmos/as. Sres/as. que lo encabezan. Doy fe.

MAGISTRADOS/AS

EL/LA SECRETARIO JUDICIAL