

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

AUTO Nº 631/2018

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez

D^a Myriam Sambola Cabrer

D^a Dolors Viñas Maestre (ponente)

Barcelona, 21 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 7-2-2017 se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia n.4 de Granollers cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo estimar parcialmente los motivos de oposición formulados por el Procurador Sr. Oscar , en la representación que ostenta de D. Leonardo y en su consecuencia debo acordar y acuerdo modificar el auto despachando ejecución de fecha 6 de junio del 2016, y acordar seguir ejecución por 14.549, 37 euros que se reclaman por pensión de alimentos y gastos de matrícula, más 4.000 euros por el impago de la pensión compensatoria. Lo que hace un total s.e.u.o., de 18.549,37 euros de principal más 5.000 euros que se calculan para intereses y costas, sin perjuicio de ulterior liquidación, debiendo cada parte asumir sus costas y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Interpuesto Recurso de Apelación contra el anterior Auto por la parte demandada, se elevaron a esta Audiencia los Autos y tras los trámites procesales oportunos se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 20/11/2018.

Se designó ponente a la Magistrada D^a Dolors Viñas Maestre

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión en esta alzada ha quedado reducida a la procedencia de la ejecución de la pensión compensatoria fijada en la *sentencia de 17-9-2007* . En el convenio regulador homologado por la sentencia se fija una pensión compensatoria a favor de la Sra. Rosaura de 500 euros al mes. Acuerdan que la pensión establecida se rescindiré automáticamente en los casos establecidos para dichos supuestos en el CF y

que la extinción tendrá efectos de forma inmediata, es decir, al momento en que se den los supuestos.

Se alegó en el escrito de oposición y se reitera en el recurso que la Sra. Rosaura convive maritalmente con el Sr. Rodrigo y aporta para acreditar dicha convivencia un informe de **detective** privado que hace un seguimiento el mes de septiembre de 2015 y una captura de una publicación en Facebook en la que se indica que Rosaura tiene una relación con Rodrigo. La demandante alegó y reitera también en esta alzada que el Sr. Rodrigo trabaja en su domicilio y aporta un contrato de trabajo datado en mayo de 2014.

El Auto apelado se limita a señalar que el procedimiento de ejecución no es adecuado para valorar la concurrencia de la causa de extinción y el apelante funda su recurso en la existencia de un abuso de derecho, mala fe e infracción del *art. 18 LOPJ* al no ejecutarse la sentencia en sus propios términos estimando que en la sentencia se prevé la extinción automática e inmediata.

La convivencia marital de la acreedora de la pensión compensatoria es causa legal de extinción y en el convenio regulador aprobado por la sentencia que se ejecuta se acuerda que caso de concurrir, la pensión se rescindiré de forma automática y tendrá efectos de forma inmediata.

Respecto al abuso de derecho esta Sala ha venido sosteniendo con carácter general que el régimen de oposición a la ejecución de una resolución judicial está claramente limitado por la Ley de Enjuiciamiento Civil que recoge de forma tasada las causas de oposición que pueden ser estimadas. Debemos partir del principio general de seguridad jurídica que se deriva de lo dispuesto en el *art. 18 de la LOPJ* y que exige que las sentencias deben cumplirse en sus propios términos. También se ha venido admitiendo por los tribunales, pese al régimen legal de oposición a la ejecución, la aplicación de otras normas o principios generales, como el que impide estimar una reclamación o acción abusiva prohibida por el *artículo 7,2 del Código Civil* o que implique un enriquecimiento injusto. El art. 11-7 CCC recoge la exigencia de la buena fe. Al amparo de dichos preceptos se ha considerado que cuando la resolución que se pretende ejecutar ha perdido de forma clara y objetiva su virtualidad por la concurrencia de hechos concretos y fácilmente constatables, dichos hechos deben ser objeto de apreciación pues lo contrario conduciría a bendecir y justificar situaciones de verdadero abuso de derecho. Hemos dicho que si se acredita de forma clara y unívoca que no concurren las circunstancias fácticas que sirven de base a la medida o derecho que se pretende ejecutar, la demanda ejecutiva debe calificarse de abusiva y no cabe amparar una reclamación que lleva implícita un abuso de derecho.

De lo anterior se infiere que si se acredita de forma clara y unívoca la concurrencia de la causa de extinción de la pensión compensatoria que se invoca -la convivencia marital - dicha circunstancia puede y debe ser tenida en consideración en el

procedimiento de ejecución para denegar la procedencia de la reclamación.

Para probar la convivencia marital se ha aportado un informe de **detectives** que realiza un seguimiento durante el mes de septiembre de 2015. El Informe afirma la estancia del Sr. Rodrigo en el domicilio de la Sra. Rosaura. La demandante reitera que la relación entre ella y el Sr. Rodrigo es laboral y aporta un contrato de trabajo datado el 15-5-2014 alegando que tiene su despacho en el domicilio. En el Informe de **detective** se recoge la presencia de una mesa con documentos en el garaje de la casa de la Sra. Rosaura en la que está el Sr. Rodrigo. Del seguimiento efectuado se desprende que el Sr. Rodrigo entra y sale de casa de la Sra. Rosaura con su propia llave, sin que se derive un horario concreto y que duerme en la misma casa. La demandante niega la pernocta y alega que el Sr. Rodrigo vive en El Masnou en casa de su madre pero no consta que ninguno de los días en que se lleva a cabo el seguimiento el Sr. Rodrigo haya marchado de casa de la Sra. Rosaura por la noche. Se aporta asimismo un pantallazo de Facebook en el que se escribe que Rosaura tiene una relación con Rodrigo y una foto de ambos sin que dicha circunstancia haya sido negada o desvirtuada por la demandante.

La Sala entiende que la prueba aportada por el demandado es insuficiente a los efectos de este procedimiento para afirmar de forma clara y unívoca la concurrencia de convivencia marital con efectos extintivos en el procedimiento ejecutivo y menos desde 2012 como se afirma por el demandado. El abuso de derecho solo puede ser apreciado en sede de procedimiento de ejecución cuando el hecho extintivo es claro y unívoco. En sede de ejecución se ha presentado un informe de **detective** que recoge el seguimiento durante varios días del mes de septiembre de 2015. Consideramos que la valoración de la concurrencia de la causa de extinción de la pensión compensatoria debe llevarse a cabo en un procedimiento declarativo de modificación con mayores garantías de contradicción y de defensa, pudiéndose en dicho procedimiento, caso de probarse dicho hecho extintivo, acordar el efecto retroactivo en cumplimiento de lo acordado en la sentencia de 17-9-2007 en el que se pactó la efectividad inmediata referida al momento en que concurra el supuesto extintivo.

Se desestima por tanto el recurso.

SEGUNDO.- No se hace pronunciamiento sobre las costas de la apelación por entender que concurren dudas de hecho (*art. 394 LEC*).

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA que DESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Leonardo, contra el *auto dictado en fecha 7-2-2017, por el Juzgado de Primera Instancia n. 3 de Granollers* en autos de Ejecución n. 158/2016, de los que el presente rollo dimana debemos CONFIRMAR la referida resolución, sin pronunciamiento sobre las costas del

recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas y verificado, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que integran este Tribunal.

LLEDÓ INVESTIGACIÓN