



Roj: **AAP B 4395/2016 - ECLI: ES:APB:2016:4395A**

Id Cendoj: **08019370122016200090**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **13/12/2016**

Nº de Recurso: **690/2015**

Nº de Resolución: **371/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA PILAR MARTIN COSCOLLA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION 12ª

Rollo nº 690/2015- R

A U T O N°371/16

ILMOS. SRES.

DON JUAN MIGUEL JIMENEZ DE PARGA GASTON

DOÑA Mª PILAR MARTÍN COSCOLLA

DOÑA RAQUEL ALASTRUEY GRACIA

En Barcelona a trece de diciembre de dos mil dieciséis.

HECHOS

Primero .- El presente rollo se formó en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto dictado con fecha diez de febrero de dos mil quince por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 DIRECCION000 (UPAD) en autos INCIDENTE DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN 281/2014 seguidos a instancia de **DOÑA Delfina** representada por el Procurador D. LUIS SAMARRA GALLACH y asistida por el Letrado D. Jordi Ballesteros Ventura contra **D. Daniel** representado por el Procurador DOÑA ARANTZAZU ARMISEN OCIO-MENDIGUREN y asistido por la Letrada DOÑA JULIA SUBÍAS SOLANAS, y cuya parte dispositiva de dicho auto, dice: " Que estimado parcialmente la oposición formulada por la procuradora Sra. Morales Morente en nombre y representación de DON Daniel mando seguir adelante la ejecución hasta hacer trance y remate de los bienes embargados y, con su producto, hacer cumplido pago a la actora de la cantidad de doscientos ochenta y dos euros mas intereses. Al ser la estimación parcial no procede condenar en costas del incidente." . Con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**.

Segundo .- Remitidos los autos a esta Audiencia, se turnaron a esta Sección; habiéndose celebrado la deliberación y fallo del recurso el día veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO siendo Ponente la Magistrada Ilma . **DOÑA Mª PILAR MARTÍN COSCOLLA**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la Sra. Delfina se solicitó la ejecución de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 2 de octubre de 2012 en cuanto a diversos conceptos (impago por el padre del 50% de gastos de la hija Soledad , tales como excursiones, logopedia, extraescolares, material escolar, así como del seguro del hogar, todo ello



por un importe total de 551,33 €) y en cuanto al incumplimiento por el padre del régimen de vacaciones con los hijos.

Por **auto de fecha 3 de julio de 2014** se despachó ejecución conforme a lo solicitado en lo económico pero no se recogió ningún requerimiento personal al padre en el tema de las vacaciones con los hijos comunes.

El demandado planteó oposición alegando por un lado inexactitud en cuanto a su pretendido incumplimiento del régimen de relación con los hijos y por otro falta de obligación de pago de algunos conceptos, como el material escolar y el seguro del hogar; y pluspetición en cuanto a otros gastos de la hija.

Por **auto de 10 de febrero de 2015** se estimó parcialmente la oposición económica, reduciéndola a 282 € (119 por logopeda, 38.50 de rítmica, 14.50 por excursión y 110 € por el seguro de hogar), se excluyó el material escolar como gasto extraordinario y no se hizo pronunciamiento sobre la cuestión de las vacaciones al no considerarla objeto del proceso.

Apela la parte ejecutada el pronunciamiento sobre el **seguro del hogar** alegando que en el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio no se dice nada sobre el pago del seguro por lo que solo debe estarse a lo dispuesto en el art. 233-23 del CCC que contempla los seguros vinculados a la finalidad de adquirir o mejorar la vivienda familiar y que se deben satisfacer de acuerdo a lo que disponga el título de constitución, siendo que en este caso se trata de un seguro no vinculado a dichas finalidades y cuya titular exclusiva es la actora. Efectivamente es así y en consecuencia el pago de dicho seguro no puede exigirse en ejecución de la sentencia de divorcio que nos ocupa. No pueden valorarse aquí las consideraciones de la ejecutante a que al divorciarse el seguro de la casa solo estaba a nombre del Sr. Daniel y ella le abonaba la mitad pero que después el demandado lo dio de baja unilateralmente y ella tuvo que suscribir uno nuevo para asegurar el inmueble común y en cambio ahora él se niega a pagar su parte; se trata de referencias que podrían hacerse valer en todo caso en un proceso civil ordinario pero no en ejecución de una sentencia de divorcio que no contempla este concepto, máxime cuando el demandado no figura como tomador del seguro.

Al oponerse a la apelación de contrario, la parte demandante impugna también el auto por dos motivos: 1) por la no consideración del material escolar como un gasto extraordinario; 2) por la falta de resolución de la cuestión del incumplimiento por parte del padre del régimen de vacaciones.

En cuanto al **material escolar**, es unívoca la doctrina de esta Sección 12ª y de la 18ª, ambas especializadas en derecho de familia, de que se trata de un gasto ordinario por habitual y previsible y que debe tenerse en cuenta a la hora de calcular la pensión alimenticia; distinto es que en un convenio regulador de divorcio de mutuo acuerdo las partes quieran recogerlo de forma diferenciada, en cuyo caso podría exigirse aparte pero, en nuestro caso, las partes pactaron una pensión global sin efectuar excepciones; afirma la ejecutante que entre ellos tenían el pacto verbal de abonarlos aparte de la pensión, pero la negativa de la parte contraria a aceptar la existencia de este pacto no permite sino el cumplimiento estricto de la sentencia en sus propios términos literales. Si el padre en el pasado ha pagado gastos por este concepto por mitad con la madre o él en exclusiva, jurídicamente son meras liberalidades a cuyo pago no puede obligársele con la literalidad del título que se ejecuta, quedando su conducta al respecto en el plano estrictamente moral.

En cuanto a la **ejecución personal del régimen de vacaciones**, lo cierto es que la demandante en su demanda de ejecución solicitó que se requiriera al demandado para su correcto cumplimiento pero el auto de despacho de ejecución de 3 de julio de 2014 omitió pronunciarse al respecto. Frente a ello la ejecutante tenía la posibilidad de haber solicitado la aclaración y complemento de dicho auto y, en el caso de que se le hubiese denegado el despacho, interponer el recurso de reposición previsto en el artículo 552.2 de la LEC, pero no lo hizo; tampoco hizo uso de la posibilidad de impugnar o solicitar la nulidad prevista en el artículo 562 del mismo texto; en consecuencia, el auto resolviendo el incidente de oposición no tenía que pronunciarse sobre tal cuestión, siendo esto lo que ocurrió. En consecuencia procede desestimar la impugnación.

No obstante, para mayor abundamiento, procede indicar que toda la problemática venía de que los progenitores pactaron, en cuanto a los períodos de vacaciones escolares de sus hijos, que los repartirían por mitad correspondiendo al padre escoger el período los años pares y a la madre en los impares. Se trata de un pacto muy poco concreto ya que no recoge cuales son los días de intercambio ni, en cuanto al verano, si abarca no sólo los meses de julio y agosto sino también los períodos de junio y septiembre, aunque debe entenderse que es así porque al referirse a los "períodos de vacaciones" debe estarse estrictamente al calendario escolar; tampoco recoge el criterio habitual de que después del último turno de vacaciones corresponde el primer fin de semana siguiente al progenitor que no ha estado con los hijos en dicho período; pero sobre todo es un pacto que al contemplar la posibilidad de elección conlleva constantes problemas en la práctica como el del retraso de alguno de los progenitores en comunicar al otro su elección cada año, máxime cuando tampoco estipularon un período concreto de preaviso; todo ello sólo puede ir en perjuicio de los propios hijos que se encuentran en medio de las disparidades y desencuentros de los padres al respecto, por ello en los procesos



contenciosos los jueces y tribunales fijan los períodos de vacaciones de forma predeterminada para cada año, estableciendo turnos concretos para cada progenitor normalmente por años pares o impares. Hoy en día el hijo mayor, Oscar , ya tiene 20 años, y en consecuencia puede acordar con sus padres si reparte o no sus vacaciones y de qué manera, pero la hija, Soledad , tiene 11 años y podría haber estado sufriendo esta problemática. En cualquier caso, de forma paralela a la presentación de la demanda de ejecución la progenitora hizo lo que realmente correspondía, que era interponer una demanda de modificación de efectos de sentencia, que dio lugar al proceso 536/2014 del mismo juzgado en el que en fecha 13 de julio de 2015 recayó sentencia que cambió el sistema de elección por un sistema predeterminado y realizó otras concreciones para el mayor beneficio de la menor. Se recuerda además a la juez a quo que, en cualquier proceso, por tanto incluso en el de ejecución, cuando de los escritos de los padres se aprecia que existe una situación que puede estar causando perjuicios a un menor de edad, los juzgados y tribunales tienen a su disposición la posibilidad de intervenir de oficio para evitarlos conforme al artículo 236-3 del CCC.

Segundo.- Estimado el recurso de apelación, no cabe la imposición de las costas generadas por dicho recurso conforme al artículo 398 de la LEC ; y tampoco las de la impugnación, pese a su desestimación, al apreciarse dudas de derecho en la pretensión conforme al indicado precepto en relación con el 394 del mismo texto.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto se estima el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Daniel contra el auto de fecha 10 de febrero de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000 en la pieza separada de oposición al despacho de ejecución del proceso 281/2014, debiéndose descontar el concepto de seguro de la vivienda, **reduciéndose el despacho de ejecución a la cantidad de 172 € por principal más 44,60 € calculados prudencialmente para atender el pago de los intereses y costas procesales de la ejecución** , sin especial imposición de las costas del incidente de oposición ni de la apelación.

Se desestima la impugnación del mismo auto efectuada por la Sra. Delfina , también sin imposición de las costas de la impugnación.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno y es firme.

Así por este auto, del que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos y firmamos.