

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Auto de 12 Ene. 2009, rec. 422/2008

Ponente: Barral Díaz, José Manuel.
Nº de Auto: 4/2009
Nº de Recurso: 422/2008
Jurisdicción: CIVIL

EJECUCIÓN DE SENTENCIA. Estimación de la oposición. DIVORCIO. DOMICILIO. No fijando el convenio que atribuyó el domicilio familiar al ejecutante un plazo para que la ejecutada lo abandonase, siendo los Jueces y Tribunales quienes deben señalar el plazo para el cumplimiento de la obligación, el plazo de diez días fijado por la Juzgadora de la primera instancia es demasiado reducido, sólo siendo aplicable tal exigencia de inmediatez a supuestos de conflictividad familiar, que no es el caso. Interpretando el convenio regulador en su totalidad se concluye que la obligación de la ejecutada de abandonar la vivienda familiar era correlativa a la del ejecutante de entregar otra vivienda. No constando que la ex esposa disponga de otra vivienda, es lógico que se le atribuya otra en sustitución y la premura en la concesión de esta segunda vivienda presupone su vinculación a la correlativa obligación con cargo a la ejecutada. Y si la parte ejecutante no cumplió con su obligación de hacer entrega a la ejecutada de dicha segunda vivienda, no puede exigir de la contraria que sea requerida para que cumpla con sus recíprocas obligaciones, derivadas de los pactos complementarios acordados en el mencionado convenio regulador.

Normativa aplicada

TEXTO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

[AUTO: 00004/2009](#)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO

Sección 006

AUR00C/ COMANDANTE CABALLERO N. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33044 38 1 2008 0001748

Rolló: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000422 /2008

Proc. Origen: EJECUCION FORZOSA EN PROCESOS DE FAMILIA 0000322 /2008

Órgano Procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de OVIEDO

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial compuesta por los Ilmos. Srs: Don José Manuel Barral Díaz Presidente Dª

María Elena Rodríguez Vigil Rubio y D. Jaime Riaza García Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

A U T O Nº 4

En el Rollo de apelación 422/08, dimanante de los autos de juicio civil Divorcio que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo, siendo apelante DOÑA Gloria , demandada en 1ª Instancia, representado/a por la Procurador SRA. ROZA MIER y asistido/a por el Letrado

DON IVAN DIAZ TAMARGO; y como apelado/a DON Victor Manuel , demandante en 1ª Instancia, representado/a por el Procurador SR. ERRASTI ROJO y asistido/a por el Letrado DON ALBERTO ALDAMUNDE MIRANDA; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don José Manuel Barral Díaz.

HECHOS

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Oviedo dictó Auto en fecha 18 de julio de 2008 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " SE DESESTIMA la causa de OPOSICION deducida por la Procuradora Sra, Riza Mier, en nombre y representación de Dña. Gloria , frente al Auto de fecha 4-6-08 , por el que se acordó requerirle de desalojo de la vivienda sita en la Avda. de DIRECCION000 , mº NUM000 , NUM001 . De Oviedo, por plazo de diez días, con apercibimiento de lanzamiento y, habiendo transcurrido el plazo concedido para el desalojo, sin haberlo efectuado, se acuerda llevar a efecto dicho lanzamiento el día 28 de julio de 2008, a las 9:15 horas. Pudiendo el ejecutante cambiar la cerradura y debiendo la ejecutada dejar expedita la vivienda, a disposición del ejecutante, llevándose sus enseres y efectos personales.

Sirviendo este proveído de mandamiento en forma, habilitando en su caso- la intervención de la policía para que preste el auxilio necesario ala Comisión Judicial en la fecha de la diligencia, conforme establece el art. 17 de la LOPJ , de ser necesario."

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto previa su preparación en plazo se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dió el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el art. 461 de la vigente Ley , que lo evacuaron en plazo, con oposición al mismo. Remitiéndose a esta Sección los autos originales. Acordándose la unión a los autos de los documentos acompañados a los escritos de interposición del presente recurso de apelación, así como el de oposición ha dicho recurso, señalándose para votación y fallo el día 9 de enero del presente año.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto recurrido, dictado en el presente procedimiento de ejecución del convenio regulador suscrito por ambos litigantes con motivo de su divorcio, acordó confirmar en sus propios términos el auto despachando ejecución y acordando: a) Que en el plazo de diez días la ejecutada desalojase el que fuera domicilio familiar, en cuanto concedido al ejecutante en el referido convenio; y b) Requiriendo a dicha ejecutada para que prestara el consentimiento necesario a fin de dar cumplimiento a los demás pactos complementarios del repetido convenio regulador, apercibiéndola, para el caso de no prestarlo, de emitir el Juzgado dicha declaración de voluntad en sustitución de la citada.

El recurso se interpone por la ejecutada, reiterando los mismos motivos de oposición al referido auto, más el relativo a la imposición de costas.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso insiste en que el hecho de que se hubiese pactado que el uso del domicilio familiar fuese para el hoy ejecutante, ello no supone que la ejecutada tenga que abandonarlo en un plazo determinado, y menos que dicho plazo fuese el de diez días, teniendo en cuenta que el art. 704 de la LEC señala el de un mes para el desalojo, prorrogable por otro mes más de existir motivo fundado. Por último, el desalojo debe en todo caso quedar vinculado a la correlativa concesión a la ejecutada de la vivienda sita en la calle Nava, de esta Capital.

Es cierto que el convenio, a la hora de atribuir el domicilio familiar al entonces esposo, no fijó un plazo para que la ejecutada lo abandonase, pero el art. 1.128 el Código Civil dispone que serán los Jueces y Tribunales quienes señalen el plazo para el

cumplimiento de la obligación cuando ésta no lo hubiese establecido. En el presente caso así se hizo por la juzgadora de la primera instancia, señalando un plazo de diez días para que la ejecutada desalojase la vivienda.

Plazo perentorio que a esta Sala se le antoja asaz reducido, máxime si, cuando de desalojo se trata, el art. 704.1 LEC señala otro más equitativo por proporcionado a las circunstancias que conllevan siempre el tener que abandonar una vivienda. Es cierto que existen posturas doctrinales que sostienen que el citado plazo legal no es aplicable cuando se trata de ejecutar relaciones de familiares o matrimoniales, pero, aún participando de tal postura doctrinal, tal exigencia de inmediatez sólo debe aplicarse a supuestos de conflictividad familiar, en los que, ciertamente, es aconsejable adoptar con toda rapidez las medidas adecuadas para evitar que el conflicto se produzca o radicalice entre los miembros de la familia.

Este no es el caso y más si se tiene en cuenta, por un lado, que la sentencia de divorció aprobando el convenio era de 24 de abril de 2008, presentándose la demanda de ejecución el 15 de mayo siguiente, y, por otro, que los restantes pactos a los que se obligaban las partes, fundamentalmente el ex esposo a la hora de tener que desembolsar diferentes e importantes cantidades a la ejecutada, al parecer del citado no traían consigo igual exigencia de rapidez a la hora de su cumplimiento.

En todo caso, interpretando el convenio regulador de forma integradora, es decir, atendiendo a la totalidad de sus recíprocos pactos, como debe hacer el órgano judicial a efectos de su ejecución, es perfectamente atendible la alegación de la apelante cuando reitera, como ya lo había hecho en la primera instancia, que su obligación de abandonar la vivienda familiar era correlativa a la del ejecutante de entregar otra vivienda sita en la calle Nava, de esta Capital, pues en otro caso no se entendería el perentorio plazo de siete días para conceder esta segunda vivienda a contar desde la fecha de la sentencia aprobando el convenio regulador. Si no consta que la ex esposa tuviese la disponibilidad de otra vivienda, parece de toda lógica que a quien se le priva de la vivienda familiar, se le atribuya otra en sustitución para igual finalidad de residencia. La misma premura en la concesión de esta segunda vivienda (nada menos que ocho días) presupone su vinculación a la correlativa obligación con cargo a la ejecutada. Se estima el motivo.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso impugna el requerimiento hecho a la ejecutada para que preste su consentimiento a la ejecución de los pactos complementarios acordados en el mencionado convenio regulador.

En realidad este segundo motivo, una vez estimado el anterior, carece de trascendencia, pues si se declara que la parte ejecutante no cumplió con su obligación de hacer entrega a la ejecutada de la mencionada segunda vivienda, lógicamente no puede exigir de la contraria que sea requerida para que cumpla con sus recíprocas obligaciones. El convenio regulador es un contrato bilateral y de cumplimiento recíproco, lo que exige, conforme al art. 1.124 del Código Civil que no puede exigir el cumplimiento de la obligación quien a su vez no cumple según lo pactado, concretamente y para lo que ahora interesa, la entrega del precio pactado en las condiciones y términos establecidos en el convenio regulador, es decir, con los importes y plazos en él fijados. Los documentos que éste aporta con su demanda de ejecución son meras propuestas que ni tan siquiera el ejecutante acreditó que fueran comunicadas con tiempo suficiente a la otra parte para que ésta pudiera, a su vez, cumplir con sus obligaciones. Es más, la propia representación del ejecutante tiene reconocido que no se pudo llevar a cabo la firma de documentos por imposibilidad de conseguir los necesarios cheques bancarios. En definitiva, que el ejecutante, para poder afirmar que cumplió su parte del acuerdo, debió acreditar de forma fehaciente que había entregado a la parte contraria los proyectos de escrituras o documentos, señalando fecha para su otorgamiento y justificando las entregas de dinero ciertas a entregar al tiempo de dicho otorgamiento. Lo contrario no supone más que meras alegaciones de parte, que no sirven para acreditar su cumplimiento, fundamento necesario para poder exigir el de la contraria.

Por último, en este concreto caso no puede el auto recurrido razonar que en nada afectan a la presente ejecución los pactos complementarios en los que se establecían obligaciones para una entidad mercantil ajena al proceso. En primer lugar, porque la existencia de tal mercantil, administrada por el ejecutante y de la que formaba parte igualmente la ejecutada como accionista, no fue obstáculo alguno a la hora de firmar el convenio regulador, en el que, no se olvide, se hacía una mención expresa a la

citada mercantil para imponerle, igual que a las partes, una serie de obligaciones para con la aquí ejecutada. Y en segundo lugar, porque el mero dato de establecer en el convenio regulador obligaciones tanto para los ex cónyuges como para la mercantil indicada venía a suponer en la práctica una comunidad de intereses recíproca que de ningún modo permite considerarla tercera, es decir, ajena a lo pactado en dicho convenio. Ello sin perjuicio de las formalidades legales a observar a efectos del cumplimiento de lo acordado en el referido convenio regulador.

CUARTO.- La estimación del recurso conlleva la revocación del auto recurrido, declarando no haber lugar al despacho de ejecución en los términos en que fue solicitada, y la imposición de costas del incidente de ejecución a la parte ejecutante, tal y como lo dispone el art. 561.2 de la LEC .

Sin imposición de las del presente recurso, dada su estimación, según el art. 398.2 de la LEC .

En atención a lo expuesto LA SALA DIJO:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, doña Gloria , frente al auto de fecha 18 de julio de 2008 , que acordaba desestimar la oposición formulada frente al auto de despachaba ejecución.

En su lugar, debemos declarar y declaramos no haber lugar a despachar ejecución frente a la citada, imponiendo las costas del incidente de oposición a la parte ejecutante, don Victor Manuel . Sin imposición respecto de las del presente recurso.

Así, por este Auto la Sala lo acuerda, manda y firma, de lo que doy fe.-