



Roj: **AAP B 7593/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7593A**

Id Cendoj: **08019370182018200572**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **27/11/2018**

Nº de Recurso: **510/2018**

Nº de Resolución: **643/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MARIA HORTENSIA GARCIA ESQUIUS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0821142120138064494

Recurso de apelación 510/2018 -F

Materia: Incidente

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:P.S. Cuestión incidental de especial pronunciamiento 201/2016

Parte recurrente/Solicitante: Sagrario

Procurador/a: Estibaliz Rodriguez Ortiz De Zárate

Abogado/a: Jaime Jimenez Saravia

Parte recurrida: Susana

Procurador/a: Anna Roca Cardona

Abogado/a:

AUTO Nº 643/2018

Magistradas:

Sra. D^a Margarita B. Noblejas Negrillo

Sra. D^a M^a José Pérez Tormo

Sra. D^a Ana M^a García Esquiús (Ponente)

Barcelona, 27 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 10 de mayo de 2018 se han recibido los autos de P.S. Cuestión incidental de especial pronunciamiento 201/2016 remitidos por Sección Civil Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procurador/a Estibaliz Rodriguez Ortiz De Zárate, en nombre y representación de Sagrario contra el Auto de 11/07/2017 y en el que consta





como parte oponente la Procuradora Anna Roca Cardona, en nombre y representación de Susana , con la intervención del Ministerio Fiscal.

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Acuerdo declarar la nulidad de lo actuado en este proceso de ejecución al haber fallecido la parte ejecutada con anterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva".

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 13/11/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Ana M^a García Esquius .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictado por el Juzgado Auto de 11 de julio de 2017 que declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso de ejecución por haber fallecido el ejecutado con anterioridad a la demanda de ejecución, contra dicho Auto se interpuso por la hoy apelante Recurso de Reposición en el que indicaba que ella había presentado demanda de ejecución, contra el Sr. Emilio , en paradero desconocido pero no fallecido, en reclamación de alimentos al hijo menor. En su recurso alegaba la impugnante que la declaración de fallecimiento debe ser eficaz desde el momento en que se conoce el fallecimiento del ejecutado. Plantea además que tratándose de alimentos no existe obligación de devolver los alimentos consumidos y expone la precariedad de su situación económica.

Desestimado el recurso de reposición, por Auto de 19 de diciembre de 2017, contra el mismo plantea la Sra. Sagrario el presente recurso de apelación en cuya suplica se pide: Que se acuerde el archivo de la ejecución sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle a las partes y de forma subsidiaria, decrete la suspensión de la ejecución hasta que el procedimiento que se está dirimiendo en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , Juicio ordinario, sea resuelto con sentencia firme.

La complejidad de los antecedentes del caso exige efectuar exposición cronológica de los hechos de los que hay constancia en autos:

1º.- En fecha 7 de octubre de 2015 comparece ante la Comisaria de los Mossos d'Esquadra de DIRECCION001 , la Sra. Francisca , en su condición de pareja del Sr. Emilio , denunciando que el día 6 de octubre el Sr. Emilio había alquilado una embarcación para hacerse a la mar, por la zona de DIRECCION001 , sin que hubiera regresado y sin que hubiera sido posible contactar por él . Requerida para ello por los agentes actuantes, proporcionó como datos de las personas interesadas designando a la que fuera su primera esposa, la Sra. Julieta , la hija mayor de edad y nacida de esta unión, Susana y la aquí apelante Sra. Sagrario , anterior pareja del desaparecido y madre de su hijo Maximo , de 3 años de edad. En dicha denuncia , la denunciante hacía mención expresa al estado de ánimo del desaparecido y la existencia de ideas autolíticas.

Al siguiente día se formuló también denuncia por la empresa propietaria de la embarcación alquilada al Sr. Emilio .

2º.- En fecha 17 de marzo de 2016, la hija mayor del Sr. Emilio , Susana , de 21 años de edad, presenta Solicitud de Expediente de Jurisdicción Voluntaria promoviendo la declaración de ausencia de su padre, que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de DIRECCION000 . Entre las personas a las que designa para ser citadas , la aquí apelante Sra. Sagrario

3º.- En fecha 29 de marzo de 2016, la Sra. Sagrario presenta demanda de ejecución contra el Sr. Emilio , en reclamación de pensión de alimentos a favor de su hijo , reclamando por impago de las pensiones alimenticias desde el mes de octubre de 2015 hasta el mes en curso, marzo de 2016 , más gastos extraordinarios por un total de 3.212,46 euros, designando a los efectos de su notificación el domicilio del deudor, en CALLE000 nº NUM000 , NUM001 NUM002 , de la localidad de DIRECCION002 , demanda de ejecución que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia num 5 de los de DIRECCION000 .

4º.- En el procedimiento de Jurisdicción voluntaria, por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia de 5 de abril de 2016, se acuerda citar de comparecencia a la Sra., Sagrario en el proceso de Jurisdicción voluntaria para la declaración de ausencia.

La comparecencia con la asistencia de la Sra. Susana y la Sra. Sagrario , ambas con asistencia Letrada y al objeto de proceder al nombramiento de defensor del ausente, se celebra en el Juzgado de Primera Instancia





núm. 7 el día 3 de mayo de 2016. En dicho comparecencia la Sra. Sagrario se opuso a que se nombrara administradora a la hija del Sr. Emilio y proponiendo para el cargo a los hermanos del desaparecido. .

5º.- Con posterioridad a dicha comparecencia, el día 20 de mayo de 2016, el Juzgado de Primera Instancia número 5, que conocía de los Autos de juicio ejecutivo de los que aquí se trae causa, dicta Auto despachando la ejecución interesada contra el Sr. Emilio .

Dicho Auto es notificado por correo certificado con acuse de recibo en el domicilio designado, siendo devuelto con la mención "Ausente reparto".

Como consecuencia del despacho de ejecución se procede al embargo de las rentas abonadas por el alquiler de la vivienda sita en la DIRECCION003 , propiedad del Sr. Emilio ,

6º.- Mediante escrito de 28 de julio de 2016 comparece en los Autos de ejecución, la hija del Sr. Emilio , alegando que su padre está desaparecido desde el día 6 de octubre del año 2015, que se puso denuncia sobre dichos hechos y que por el Juzgado de Instrucción de DIRECCION001 se ha dictado Auto de archivo provisional de las Diligencias, que ha instado la declaración de ausencia y que se sigue en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria en el que se ha solicitado el nombramiento de un administrador, para no perjudicar el patrimonio del ausente y solicitando la paralización de la ejecución habida cuenta de que se habían declarado embargados entre otros, las rentas mensuales del arrendamiento de la vivienda en la DIRECCION003 , cuota que se destinaba al pago de las cuotas hipotecarias y gastos de la indicada vivienda. En su escrito la Sra. Susana indica que la ejecutante Sra. Sagrario tiene perfecto conocimiento de todo ello y por esta razón pide la suspensión de la ejecución a la espera de que se nombre un administrador .

7º.- No obstante lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia núm. en los Autos de ejecución, dicta Auto el día 3 de octubre de 2016 ampliando la ejecución despachada.

8º.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 7, mediante Decreto de 14 de octubre de 2016, en el Prdmto de Jurisdicción Voluntaria, declara la situación de ausencia legal y nombra representante del Sr. Emilio a su hija Sra. Susana , con la disconformidad de la ejecutante Sra. Sagrario .

9º.- En fecha 24 de octubre de 2016 la Sra. Susana reitera la solicitud de suspensión de la ejecución y paralización de los embargos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 en autos de ejecución, dicta Diligencia de ordenación, el 10 de noviembre de 2016 acordando notificar el auto despachando ejecución a la hija para que una vez aceptado el cargo se oponga. La Sra. Susana , en fecha 22 de diciembre de 2016 notificó al Juzgado que, pendiente la aceptación del cargo por no haber sido resuelta la misma por el Juzgado, solicita que no se efectúe entrega de las cantidades embargadas a la ejecutante.

10ª.- Finalmente, por el Servicio de la Guardia Civil, de equipo marítimo, comunica el 2 de febrero de 2017 al Juzgado de Instrucción las circunstancias que permitirán efectuar las oportunas comprobaciones sobre el fallecimiento del Sr. Emilio , y mediante escrito de 24 de febrero de febrero, la Sra. Susana notifica esta circunstancias al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 pidiendo que se deje sin efecto la ejecución desde la fecha del fallecimiento de su padre.

En el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de DIRECCION001 , Previas 1076/2015, se efectúa relato de estas circunstancias, se acuerda el sobreseimiento por no existir indicios de la comisión de un hecho delictivo y archivo de las actuaciones.

Se declara finalmente como fecha de la defunción del Sr, Emilio , nacido el NUM003 de 1964, el día 6 de octubre de 2015.

El Sr. Emilio falleció habiendo otorgado testamento abierto el 1 de febrero de 2010 en el que instituía heredera a su entonces única hija, Susana . La Sra. Sagrario el 11 de julio de 2017 presentó demanda de Juicio Ordinario de acción de impugnación y acción de ineficacia de declaración o nulidad de testamento del fallecido por preterición errónea, acción amparada en el 415, 16. 2 del CC respecto a su hijo Maximo nacido el NUM004 de 2012.

SEGUNDO.- El auto que se impugna confirma la resolución que declaraba la nulidad de lo actuado por el fallecimiento del deudor contra quien se instó la ejecución.

Efectivamente, el artículo 237-13- 1 a), dispone de forma clara que la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte de las personas obligadas a prestarlos. Ello es consecuencia del propio carácter de la obligación de que se trata ya que es una obligación de carácter personalísimo, y siéndolo no es transmisible, sino que se extingue por la muerte del obligado de manera que tampoco los herederos del fallecido vienen obligados a asumir el pago de la obligación de alimentos , y si no lo están respecto a los ya vencidos, con menor motivo lo podrán estar respecto a los que vencieren con posterioridad a su fallecimiento, como claramente





se infiere de lo dispuesto en el art. 411-1 del Codi Civil de Catalunya, cuando dice que el heredero se subroga en las obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte, está vinculados a los actos propios del causante y ha de cumplir las cargas hereditarias .

Y lo anterior debe ponerse en relación con lo que dispone a su vez el art. 16 de la LEC, cuando regula la sucesión procesal por causa de muerte ya que estable tendrá lugar "cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio " , luego, no siendo transmisible mortis causa la obligación de pagar alimentos, que como hemos visto se extingue con el fallecimiento, en ningún caso se produce la sucesión procesal. Como tuvo ocasión de interpretar el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 10 de octubre de 2005 " la deuda que surge de la pensión compensatoria prevista en el art. 84 CF , obligación que la sentencia de esta Sala 20/1999, de 26 de julio [RJ 2000\ 748], califica – siguiendo a la doctrina– de "personalísima", se transmite mortis causa a los herederos del obligado a su pago, a diferencia de la pensión alimenticia que se extingue por la muerte del deudor (art. 271.1.a CF)"

Por otra parte, si se tratara de pensiones alimenticias devengadas con anterioridad al fallecimiento y no satisfechas, deuda líquida y vencida, podríamos concluir que se trata de deuda concretada en tiempo y cantidad y que debe ser satisfecha con cargo a la herencia, dirigiéndose la acción contra el heredero o la herencia yacente, pero las pensiones que se reclamaban en el presente juicio ejecutivo son las devengadas con posterioridad al fallecimiento del obligado, ya que se reclaman las pensiones desde octubre de 2015, es decir, extinguida la obligación tal y como dice de forma expresa el artículo 237.13.1 , a) del CCCat.

Ocurre además en este caso, que la declaración oficial de fallecimiento se produce, tras las oportunas pesquisas policiales, tras Diligencias penales y tras seguirse procedimiento para la declaración de ausencia, y posteriores Diligencias, con efectos de octubre de 2015.

La apelante argumenta que lo que existió fue una situación de ausencia, que la obligación no se había extinguido porque no había constancia del fallecimiento.

Pero si una cosa hay que destacar de la precedente exposición fáctica y cronología, es que al momento de presentarse la demanda de ejecución, el Sr. Emilio ya se hallaba desaparecido de su lugar de residencia habitual, la desaparición había tenido lugar un día concreto en unas circunstancias especificadas y la desaparición ya había sido denunciada ante las autoridades.

No sólo había sido denunciada, sino que la hija mayor del Sr. Emilio , Susana , había presentado demanda de Jurisdicción voluntaria para la declaración de ausencia de su padre. Sobre la declaración de ausencia, nos dice el art. 183 del Código Civil, que " Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: Primero. Pasado un año desde las últimas noticias o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. Segundo. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes."

En este caso, y a través del procedimiento de Jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 67 a 77 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, se inicio el procedimiento, dándose traslado a la aquí apelante Sra. Sagrario , y citándola a una comparecencia para el día 3 de mayo de 2016, de modo y manera que la comparecencia fue incluso anterior al auto despachando ejecución contra el ausente, posteriormente declarado fallecido. En aquella fecha, ya se había producido el fatal desenlace y el fallecimiento en circunstancias trágicas del Sr. Emilio .

En aquel momento inicial en que convergían la incertidumbre y el dolor de la desaparición, la hija del Sr. Emilio , a la sazón de apenas 21 años de edad, había de afrontar además la gestión de la tramitación de la salvaguarda de los intereses del padre desaparecido.

No cabe duda de que los intereses del hijo todavía menor de edad habían de ser protegidos, y para ello existen mecanismos legales. De hecho, la declaración de ausencia se dirige a la protección de los derechos del ausente pero también al cumplimiento de sus obligaciones en tanto ello sea posible, toda vez que no consta todavía , formalmente, la muerte. El efecto primordial de la declaración de ausencia será el de nombramiento del representante legal del ausente para lo cual, una vez admitido a trámite el escrito inicial y citadas las partes interesadas a una comparecencia, , como dice el art. 71 de la LJV, por el Letrado de la Administración se dictará decreto de declaración legal de ausencia, nombrará al representante del ausente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 184 del Código Civil a quien le corresponderá la pesquisa de la persona del ausente, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones, y dispondrá cuanto proceda con arreglo a dicho Código, según el caso de que se trate.

Este representante, actuará conforme a lo dispuesto en el art. 185 del CC , es decir, tendrá las obligaciones siguientes:





Primero. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado. Segundo. Prestar la garantía que el Juez prudencialmente fije. Tercero. Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles. Cuarto. Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley procesal civil.

Precisándose a continuación por el art. 186 del mismo CC que los representantes legítimos del declarado ausente comprendidos en los números primero, segundo y tercero del artículo 184 disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Juez señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. Los representantes legítimos comprendidos en el número cuarto del expresado artículo disfrutarán, también, de la posesión temporal y harán suyos los frutos, rentas y aprovechamientos en la cuantía que el Juez señale, sin que en ningún caso puedan retener más de los dos tercios de los productos líquidos, reservándose el tercio restante para el ausente, o, en su caso, para sus herederos o causahabientes.

Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.

Pues bien, la Sra. Sagrario asistió a la comparecencia para el nombramiento de representante del ausente, donde pudo proponer prueba y oponerse a que fuera nombrada la hija del Sr. Emilio, y dicha comparecencia tuvo lugar el día 3 de mayo de 2016, es decir con anterioridad al dictado del Auto despachando ejecución.

El Auto despachando ejecución se dictó el día 20 de mayo, y se intentó la notificación con el resultado negativo que ya hemos indicado

Ello plantea además la posible infracción de lo dispuesto en el art. 553 de la LEC, a tenor del cual, el auto que despache ejecución será notificado al ejecutado, notificación que debía ajustarse a lo prevenido en los artículos 155 y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no fue así, ya que en esas fechas constaba la denuncia por la desaparición del ejecutado. Y plantea que una vez efectuados los embargos, que afectaban a las rentas percibidas por el arriendo de la vivienda de la DIRECCION003, gravada a su vez con préstamo hipotecario, difícilmente podía la representación del ausente gestionar estas cantidades para hacer pago, entre otras a las posibles obligaciones alimenticias.

Y una vez comparecida la hija del Sr. Emilio en el proceso de ejecución y pese a solicitarse la suspensión, el procedimiento ejecutivo continuó adelante dictándose Auto de ampliación de la ejecución.

Probablemente la compleja situación creada, la tramitación de diferentes procedimientos antes distintas instancias, contribuyó a la dilación de las actuaciones, pero una vez que ya ha quedado claro tanto el fallecimiento, como la fecha en que este se produjo, la solución no podía ser otra que la adoptada en la instancia, es decir, la declaración de nulidad de la ejecución de una obligación personalísima de prestar alimentos que quedó extinguida por este hecho.

Asimismo y por todo lo expuesto, debe concluirse que en modo alguno puede estimarse la pretensión de la apelante de que se proceda al Archivo o se suspenda la ejecución, dado que lo que se ha acordado es la declaración de nulidad de lo actuado, declaración que comporta que quede sin efecto todo lo posterior a la fecha en que se retrotraen los efectos de la misma.

En consecuencia y por todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Desestimándose el recurso y visto lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la LEC, procede imponer las costas a la parte apelante.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Que **DESESTIMANDO** el Recurso de Apelación interpuesto por **DOÑA Sagrario** representada por la Procuradora Doña Estibaliz Rodríguez Ortiz de Zárate contra el Auto dictado en el procedimiento de Oposición a la Ejecución Autos nº 201/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de DIRECCION000, de fecha 18 de julio de 2017, **SE CONFIRMA** la referida resolución sin que haya lugar a la imposición de las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.





Las Magistradas :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

