



Roj: **AAP B 8901/2020 - ECLI: ES:APB:2020:8901A**

Id Cendoj: **08019370182020200363**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **13/10/2020**

Nº de Recurso: **152/2020**

Nº de Resolución: **404/2020**

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.: 0811442120168083847

Recurso de apelación 152/2020 -B

Materia: Incidente

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

Procedimiento de origen:Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 628/2017

Parte recurrente/Solicitante: Eugenia

Procurador/a: Susana Fernandez Isart

Abogado/a:

Parte recurrida: Jose Antonio

Procurador/a: Antonio Urbea Aneiros

Abogado/a:

AUTO Nº 404/2020

Magistradas:

D^a Margarita B. Noblejas Negrillo D^a Myriam Sambola Cabrer D^a Ana M^a García Esquiús

Barcelona, 13 de octubre de 2020

Ponente: Ana M^a García Esquiús

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 11 de febrero de 2020 se han recibido los autos de Incidente de oposición a la ejecución por motivos de fondo 628/2017 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 Procuradora Susana Fernandez Isart, en nombre y representación de Eugenia contra el Auto de fecha 28/01/2019 y en el que consta como parte apelada/oponente el Procurador Antonio Urbea Aneiros, en nombre y representación de Jose Antonio .

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:



"DECLARO LA FALTA DE JURISDICCION de este órgano para conocer de la ejecución despachada y acuerdo el archivo del presente procedimiento"

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 29/09/2020.

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 Esquiús .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El auto de instancia declara la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la Ejecución inicialmente despachada y acuerda el archivo al haberse alegado por la parte ejecutada en su escrito de oposición la inadecuación de procedimiento y el sometimiento de las partes a la **Mediación** , pacto recogido en el Apartado Tercero, letra i) : " En el supuesto de que la aplicación del plan de parentalidad provoque diferencias entre los progenitores o sea necesario modificar el contenido para adaptarlo a nuevas necesidades de las menores o circunstancias de los progenitores , las partes acuerdan recurrir a la **mediación** familiar a fin de solventarlas."

En base a la existencia de este pacto, la falta de acreditación de haberse acudido a proceso previo de **Mediación** familiar y la aplicación del art. 6 de la Ley **5/2012**, de 6 de julio, de **mediación** en asuntos civiles constituye la base para declarar esta falta de jurisdicción.

La parte ejecutante invocaba incumplimiento de algunas de las obligaciones contenidas en el título en el ejercicio de la potestad parental, y el intento previo de consecución de una solución amistosa , lo que trataría de acreditar aportando a los autos correos electrónicos . El recurso se basa en la vulneración del principio de tutela judicial efectiva del art. 24. 1 CE , infracción de lo dispuesto en los artículos 37, 38 y 65.2 de la LEC , e inadecuada aplicación de los artículos 6 y 10 de la Ley **5/2012** de 6 de julio.

En el Acto de la vista , ambas partes se limitaron a ratificarse en sus respectivos escritos, y se practicó prueba sobre la cuestión de fondo , se practicó interrogatorio de las partes, y testifical sobre los hechos controvertidos.

En la misma vista, y en su Informe final la parte ejecutada reitera la alegación de inadecuación de procedimiento pero para aclarar que entiende que lo que se está dilucidando es una alteración de lo pactado en la sentencia que debería resolverse en un procedimiento de Modificación de Medidas y no en un proceso de ejecución.

SEGUNDO.- Hay una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en el sentido que es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, derecho que también se satisface con una decisión de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada cuando dicha decisión se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. A este respecto, también se ha resaltado que el control constitucional de las decisiones de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio *pro actione*, que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales y que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida.

La resolución aprecia que las partes pactaron acudir a la **Mediación** en caso de conflicto . Si se entiende que así debió hacerse, conforme lo dispuesto en la Ley **5/2012** , de 6 de julio, es decir, de entender que este era un requisito de procedibilidad el juzgado debió advertir a la parte que venía obligada a acreditar el intento previo de **Mediación**, con o sin resultado.

Es la propia Ley de Enjuiciamiento Civil la que a través de lo que dispone en su artículo 231 arbitra la posibilidad de que el Tribunal y el secretario judicial cuiden que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes .

Al continuar adelante con el procedimiento, señalar vista, no resolver las cuestiones procesales previamente a la proposición y practica de prueba, y no advertir previamente a las partes de los posibles obstáculos procesales , -conforme se posibilita en el 443.LEC, la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción derivaba en vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la resolución dictada retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que e proceda a resolver entrando en el fondo del asunto.



TERCERO.- Dada la resolución que se adopta y lo que disponen los artículos 394 y 398 de la LEC, no procede efectuar pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA.

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el Recurso de Apelación interpuesto por DOÑA Eugenia contra el Auto dictado en fecha 28 de enero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 5 de DIRECCION000 , autos 628/2017 , y REVOCAR la referida resolución de estimar competente el Juzgado de Instancia para conocer del procedimiento , ordenando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución para que se proceda a dictar una nueva resolución en la que se resuelva sobre la cuestión planteada en la demanda, sin que haya lugar a efectuar pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).