



Roj: **SAP B 10467/2000 - ECLI:ES:APB:2000:10467**

Id Cendoj: **08019370122000100607**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **01/09/2000**

Nº de Recurso: **244/2000**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSEGUNDA

ROLLO Nº 244/2000-A

INCIDENTE MODIFICACIÓN MEDIDAS Nº 51/99

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE MANRESA.

SENTENCIA Núm.

Ilmos. Sres.

D. JUAN MIGUEL JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN

D. ANTONIO LÓPEZ CARRASCO MORALES

D. PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

En la ciudad de Barcelona, a uno de septiembre de dos mil.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosegunda de esta Audiencia Provincial, el presente incidente sobre modificación de medidas en autos de divorcio, número 51/99 seguido por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Manresa, a instancia de D. Diego, representado por el Procurador D. Carles Badía Martínez, sustituido en el acto de la vista por la Procuradora Sra. Muñoz y dirigido por el Letrado D. Manuel Morillas Freire, contra D^a María Luisa, representada por el Procurador D. Joan E. Dalmau Piza, y dirigida por el Letrado D. Xavier Torras i Vilanova; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y demandada, contra la Sentencia dictada en los mismos el día 23 de diciembre de 1999, por la Sra. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda de Modificación de medidas acordadas en Sentencia de Divorcio de fecha 11 de Marzo de 1991, interpuesta por D. El Amín Chardar contra Dña. María Luisa, debo modificar y modifiqué la pensión acordada en concepto de alimentos en favor de la hija común del matrimonio, dejando sin efecto la misma; todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por la parte actora y demandada, y admitidos los mismos en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas las mismas, se siguieron los trámites legales y tuvo lugar la celebración de la vista pública el día cuatro de julio del año en curso, con el resultado que obra en la precedente diligencia.



TERCERO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ.

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en instancia es objeto de impugnación en virtud de los recursos interpuestos por ambas partes que se circunscriben, en cuanto al del actor, a la denegación de la pretensión de que la fecha de efectos de la extinción de la pensión de alimentos establecida a favor de la hija común se retrotrajera a la fecha de suscripción del contrato de trabajo por la misma, el 1.8.1997, con devolución de lo pagado desde tal fecha. Por lo que se refiere al recurso de la esposa, pretende con el mismo que se deje sin efecto la condena en costas de la instancia; por cuanto las pretensiones de la demanda no han sido acogidas en su integridad

SEGUNDO.- La representación del actor sustenta su recurso en el hecho de que la hija común del matrimonio que contrajo con la demandada, NAIMA, nacida el 28.7.1980, accedió a un puesto de trabajo por cuenta ajena el 1.8.1997, por lo que considera que, desde aquél mismo momento cesó su obligación de pago de la contribución alimenticia para la misma y debe retrotraerse a la indicada fecha la extinción de la prestación que ha acordado la sentencia de instancia, con expresa condena a la demandada a la devolución de las cantidades que le han sido retenidas de su nómina por tal concepto, a razón de 19.815 ptas mensuales.

La sentencia de instancia no realiza consideración alguna sobre las pretensiones que ahora se reproducen en la alzada, por lo que incurre ciertamente en un defecto de incongruencia, en el sentido al que se refiere el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no motivar la denegación tácita de todos los concretos pedimentos de la demanda, lo que implica que deben ser analizados y resueltos en la alzada. No constituye objeto de controversia la extinción de la pensión que ha sido decretada, sino únicamente la fecha de sus efectos y la devolución de lo percibido indebidamente.

En cuanto al primer extremo únicamente razones de evidente abuso de derecho pueden justificar la retroacción de la extinción de la prestación alimenticia a una fecha anterior a la de la presentación de la demanda, elementos, que no concurren en el caso de autos, por cuanto la escasa cuantía de la contribución paterna a los alimentos de la hija menor determinaron que ésta hubiera de incorporarse, como aprendiz, a un puesto de trabajo antes de alcanzar la mayoría de edad y de haber finalizado el periodo normal de formación. Este primer contrato cuya vigencia temporal comprende desde el 1.8.1997, fecha del alta, hasta el 9.7.1999, ha reportado para la hija unos ingresos que no han garantizado su independencia económica, por lo que ha precisado la ayuda de sus progenitores, los litigantes, prestada directamente por la madre al mantenerla en su propio domicilio, y a la que ha contribuido el padre con una cantidad que no ha alcanzado las 20.000 ptas mensuales. Después de alcanzada la mayoría de edad, la referida hija común suscribió un segundo contrato de trabajo por el que sí consta que percibía una remuneración de 80.000 ptas mensuales, hecho aceptado de plano por la parte demandada, que no fundó su oposición a la demanda en razones de fondo ni en la discusión de tal hecho esencial, sino en una inexistente excepción de litisconsorcio pasivo necesario. En base a lo anterior procede fijar la fecha de la extinción de la prestación en la de la interposición de la demanda, pues no es posible dotar de efectos retroactivos a un momento anterior, toda vez que el actor no ha acreditado que interesase de forma fehaciente antes del ejercicio de la acción judicial la extinción de la obligación pretendida, que ha sido cumplida en virtud de lo dispuesto en una resolución judicial firme anterior.

Cuestión distinta es la pretensión de que se condene a la demandada a la devolución de las pensiones satisfechas. El efecto que la sentencia estimatoria de la acción ejercitada es la inexigibilidad de las prestaciones devengadas desde la interposición de la demanda, mas por lo que se refiere a las que han sido satisfechas voluntariamente, o por la acción ejecutiva judicial respecto a una sentencia firme anterior, al tratarse de una obligación de alimentos no puede condenarse a su devolución, por la naturaleza especial de esta prestación, de carácter esencialmente consumible y cuyo devengo viene justificado por la vigencia de una ejecutoria no modificada, tal como tiene establecido de forma reiterada esta Sala (SSAP Barcelona de 22.5.1996 y 15.9.1997, y STC 4/1988). Únicamente la acreditación por el actor de que las cantidades abonadas no han sido destinadas a la finalidad alimenticia que les dio causa, lo que habría de ser dilucidado en un proceso declarativo ordinario, con resultado de un enriquecimiento injustificado sin causa para la demandada, podría dar lugar a la estimación de la pretensión que, en sede del incidente de modificación de medidas, no puede ser acogida.

TERCERO.- La pretensión de la parte demandada se circunscribe a la impugnación de la condena en costas de la instancia. Ciertamente la sentencia impugnada justifica este pronunciamiento en el primer párrafo del



artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , mas del tenor literal del mismo se desprende que tal condena procede cuando los pedimentos íntegros de una de las partes hayan sido rechazados o, en un sentido inverso, cuando haya sido estimada la demanda en su totalidad. En el caso de autos la pretensión no se limitó a solicitar la extinción de la pensión alimenticia para la hija, sino también a que se fijara la fecha de los efectos desde que se suscribió el primer contrato de trabajo y a que se condenara a la demandada a la devolución de lo cobrado indebidamente. Al no haber sido acogidas estas pretensiones, la estimación de la demanda fue sólo parcial, lo que en aplicación del precepto citado determina la improcedencia de la condena en costas que recoge la resolución impugnada que, en tal sentido, debe ser corregida.

CUARTO.- La estimación parcial de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes litigantes, determina que no proceda especial declaración sobre costas causadas en esta alzada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento civil .

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

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Don Diego , parte actora, contra la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 1999 del Juzgado de 1ª Instancia nº UNO de MANRESA , sobre MODIFICACION DE MEDIDAS reguladoras del divorcio; y estimando íntegramente el recurso interpuesto por Dña. María Luisa , parte demandada, debemos revocar y revocamos dicha resolución impugnada únicamente respecto a los extremos relativos a la fecha de los efectos de la extinción de la pensión alimenticia a favor de la hija común de los litigantes, Naima, que se fija en la fecha de la interposición de la demanda inicial de estas actuaciones, el 17.2.1999, a partir de la cual no puede ser exigida en sede al litigio matrimonial, y al pronunciamiento sobre condena en costas de la instancia a la demandada, que queda sin efecto, manteniendo la resolución impugnada en todos los demás extremos. En cuanto a las costas de la alzada no se hace especial declaración, por lo que cada parte deberá satisfacer las causadas a su instancia.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.