



Roj: **SAP C 1976/2014 - ECLI:ES:APC:2014:1976**

Id Cendoj: **15078370062014100273**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santiago de Compostela**

Sección: **6**

Fecha: **31/03/2014**

Nº de Recurso: **53/2014**

Nº de Resolución: **74/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ANTONIA VILARIÑO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Santiago de Compostela, núm. 6, 18-12-2013,
SAP C 1976/2014**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6 (DESPL)

A CORUÑA

SENTENCIA: 00074/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA (Sección 6ª)

Nº Rollo: 53/14

Jdo. 1ª Ins. Nº 6 Santiago de Compostela

Autos: modificación de medidas 118/13

S E N T E N C I A

Nº 74/14

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Sexta

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ANGEL PANTIN REIGADA, Presidente

D. JOSE GOMEZ REY

Dña. Mª DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ

En Santiago de Compostela, a treinta y uno de Marzo de dos mil catorce.

Vistos por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, integrada por los Señores Magistrados cuyos nombres al margen se relacionan los presentes autos de modificación de medidas 118/13, sustanciados en el Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Santiago de Compostela, y que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes; como apelante-demandante, **D. Maximiliano**, representado en autos por la Procuradora Dña. ELVIRA MARTUL VÁZQUEZ; y, como apelada-demandada, **Dña. Modesta**, representada en autos por la Procuradora Dña. AURORA GOSENDE GÓMEZ; con intervención del **MINISTERIO FISCAL**. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña. Mª DEL CARMEN VILARIÑO LOPEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada de 18 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Santiago de Compostela, cuya parte dispositiva dice como sigue:

"- FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda deducida por la procuradora Sra. MARTUL VAZQUEZ en nombre y representación de DON Maximiliano asistido del letrado Sr. LOPEZ MARTINEZ frente a DOÑA Modesta Representada por la procuradora Sra. GOSENDE GOMEZ y asistida de la letrada Sra. REY PEREIRA con intervención de la representante del Ministerio Fiscal dada la presencia de hijo menor de edad en el matrimonio, procede:

1º.- Desestimar la pretensión de extinción o subsidiaria reducción de la pensión de alimentos establecida a cargo del actor en favor del hijo común Romeo .

2º.- Extinguir la pensión de alimentos fijada en favor de la hija común Salvadora con eficacia retroactiva a fecha de interposición de la demanda denegando sin embargo el reembolso de cantidad alguna devengada por la citada pensión de alimentos, inclusive la referida a la devengada desde la fecha de interposición de la demanda y hasta el Auto de Medidas Provisionales de 29-4-2013 al no acreditarse el abono de dicha pensión en dicho periodo.

Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO: Que notificada dicha sentencia a las partes, contra la misma interpuso recurso de apelación la representación procesal del demandante. Dándose traslado del mismo a las demás partes personadas, y emplazándolas conforme a lo establecido en el artículo 461.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la representación procesal de la demanda presentó escrito de oposición al recurso. De conformidad al artículo 463 de la misma Ley Procesal se remitieron los autos a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, en donde, recibidos, se formó el rollo de apelación civil número 53/14, señalándose para deliberación, votación y fallo el pasado día 20 de marzo de 2014.

TERCERO: En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Las cuestiones que según lo señalado en el recurso de apelación han de ser resueltas por esta Sala son las siguientes: "1º) El momento desde el que habría de retrotraerse la eficacia de la sentencia de la extinción de la pensión de alimentos; 2º) La extinción de la obligación de pago de las mensualidades de los alimentos devengadas indebidamente desde ese momento inicial. 3º) La suspensión de la obligación de alimentos a cargo del progenitor no conviviente por imposibilidad de éste de hacer frente a su pago". Se solicita que se dicte nueva sentencia que: "a) Declare el efecto retroactivo de la extinción de la pensión de alimentos a favor de la hija común Salvadora desde el mes de enero de 2010; b) En consecuencia, ordene la devolución de las cantidades percibidas en ese concepto desde entonces y declare indebidamente las mensualidades devengadas y no cobradas; c) Declare suspendida la obligación del pago de alimentos respecto del hijo común Romeo desde la interposición de la demanda y, subsidiariamente, establezca la cuantía de la pensión de alimentos en 80 €/mes desde ese momento; d) Imponga las costas de ambas instancias a la demanda".

SEGUNDO: a) Este Tribunal se ha pronunciado en anteriores resoluciones - entre otras, en sentencias de 1 de abril de 2004, 21 de mayo de 2010 y 18 de diciembre de 2013 - en el sentido de señalar que las medidas fijadas en anterior sentencia de divorcio sólo pueden ser dejadas sin efecto por lo resuelto en otra decisión judicial, de forma que hasta ese mantienen su vigencia, sin que, con carácter general, proceda la aplicación retroactiva de lo resuelto. Si bien ésta es la regla general, avalada porque en la generalidad de los casos no se pueda determinar con exactitud la fecha en que queda acreditada la estabilidad y permanencia de las circunstancias que determinan el hecho extintivo, se admite que existen casos específicos en que se considera justificada la eficacia retroactiva del pronunciamiento extintivo de la pensión alimenticia. Así lo ha entendido también este Tribunal en sentencia de 6 de marzo de 2006 articulando los siguientes razonamientos: "Es difícil responder de forma definitiva y general a la cuestión propuesta, pues el sistema del artículo 148 gira más bien sobre criterios de justicia material - se necesitan alimentos, y no puede esperarse hasta que se resuelva definitivamente -, mientras que el del 91 lo hace sobre criterios más formales - establecida una medida judicialmente, no puede quedar sin efecto hasta que se sustituya por otra-, y la confluencia y colisión entre ambos variará según los casos. No obstante, hemos de indicar que la interpretación que hace la apelante sobre el régimen del artículo 91 no es tan rígida como se propugna, ya que el artículo 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el cónyuge que pretenda solicitar una modificación de medidas, inste la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior (a sustanciar por la vía del artículo 773, de las medidas provisionales) (...) Ante esa circunstancia, quizá la solución más adecuada vendría dada por el examen a



posteriori de las circunstancias que se hubieran podido tener en cuenta a la hora de presentar la demanda, sobre la ejecución provisional de la medida. Es decir, que si hubiera una apariencia firme de derecho que hubiera podido motivar la adopción de la medida en forma provisional - en este caso la cesación de la obligación de prestar alimentos -, los efectos se podrían considerar ex tunc, mientras que en otro caso, deberían considerarse producidos sólo desde la decisión definitiva - ex nunc -".

Es criterio generalizado en las distintas Audiencias Provinciales la consideración de que las sentencias dictadas en este tipo de procesos tienen naturaleza constitutiva, con efectos ex nunc, y no ex tunc (desde el momento en que hayan tenido lugar los cambios y hechos apreciados para acordar tal extinción o modificación), se ha de atemperar en aras de evitar las consecuencias injustas a que podría conducir una aplicación rígida e indiscriminada de dicho principio en determinados supuestos. En la sentencia de la AP de Alava, Sección 1ª, de 12 de noviembre de 2013, se admite que la sentencia es meramente declarativa cuando la extinción (o reducción) se produce "ex lege" en el momento en que concurre alguna de las causas de extinción (o de reducción). En la sentencia de la AP de Cádiz de 22 de enero de 2010 se diferencia entre los supuestos en los que se requiere para acordar la extinción de la medida una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender acreditada la circunstancia determinante al efecto, como podría ser resolver si existe una convivencia more uxorio o una mejora de fortuna, en cuanto que impedirían por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada, como cuando se constata la realización de un matrimonio anterior, en el cual su fecha es indubitada, o el fallecimiento. En términos parecido, la sentencia de la AP de Pamplona de 5 de octubre de 2009, consideró que cuando la extinción de las obligaciones alimenticias resultare procedente en base a la existencia en momento anterior de una circunstancia manifiesta e indiscutible se podría producir una excepción a la regla general de no retroacción. En este mismo sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 15 de octubre de 2010 (nº 346/2010); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, de 18 de junio de 2009 (nº 377/2009); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, de 22 de julio de 2008 (229/2008), con cita en otras anteriores del mismo Tribunal; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24, de 12 de marzo de 2008 (nº 321/2008), con cita en anterior resolución de 11 de diciembre de 2001.

En este caso la causa de la extinción de la obligación alimenticia se ha producido de modo indubitado por el hecho de haber contraído la hija matrimonio en diciembre de 2009, pasando a constituir su propia unidad familiar. La causa extintiva concurría con anterioridad a la fecha de interposición de la demanda, y no precisaba de mayores constataciones o pruebas a practicar durante la sustanciación del procedimiento. Por ello hay que concluir que debe declararse la extinción de la pensión al momento del hecho objetivo generador de la misma.

b) La demanda de modificación de medidas no se sustenta en que el demandante hubiera continuado entregando la cantidad señalada a favor de su hija desconociendo que ésta había contraído matrimonio. En el interrogatorio reconoció haber acudido a la boda. Entendemos que, siendo así, en este procedimiento de conocimiento limitado en relación a la modificación de medidas definitivas, efectuada la declaración de la extinción de la pensión alimenticia, no procede entrar a conocer de la pretensión de reembolso de las cantidades que haya podido entregar el demandante a favor de su hija con posterioridad a la fecha de haber contraído matrimonio; lo cual podrá ser objeto de reclamación en el juicio que corresponda según su cuantía, en el que, con arreglo a las normas del mismo podrá resolverse sobre el derecho o no a obtener la devolución de las cantidades abonadas siendo conocedor el demandante del hecho objetivo causante de la extinción. Es distinto que, de la declaración de extinción de la pensión alimenticia a la fecha en que la hija del demandante contrajo matrimonio, derive la inexigibilidad de cantidad alguna en concepto de prestaciones alimenticias no abonadas.

TERCERO: No se advierte que el juez de instancia hubiera incurrido en una errónea apreciación de la prueba al considerar que, en este caso, no se ha acreditado una radical variación en las circunstancias existentes en el momento del divorcio que pudiera justificar la suspensión o reducción de la pensión alimenticia acordada a favor del hijo menor del demandante, inicialmente en cuantía de 120 euros mensuales.

No existe constancia de la cuantía aproximada de los ingresos que el demandante percibía en el momento del divorcio al objeto de establecer un elemento comparativo. Por lo tanto, tampoco de que, como dice ahora, por su trabajo en Panrico obtuviera entre 2.000 y 3.000 euros al mes. La demandada manifiesta que en aquel momento había manifestado que eran de entre 300 y 500 euros al mes. Que se hubiera acordado el pago de una pensión alimenticia de una escasa cuantía permite entender que sus ingresos no serían elevados. Es reconocido en el acto del juicio por el Sr. Marco Antonio que la actividad de cría y venta de perros de raza que desarrollaba nunca la tuvo declarada, ni cuando estaba casado. Que no resulte convincente la explicación ofrecida sobre los motivos por los que habría dejado de realizar esa actividad no declarada, ni comprensible que, no obstante la alegada carencia de ingresos, no haya formulado reclamación o denuncia por el impago de rentas de 500 euros por el alquiler del bar de sus padres - que según lo manifestado cobraba en mano -, no



permite considerar acreditado que, en la actualidad, como manifiesta, viva únicamente a costa de la pensión de unos 600 euros de su madre y de consumir sus ahorros; lo cual tampoco se se compadece con el hecho que en septiembre de 2012 hubiera constituido un depósito a plazo fijo de 50.000 euros, siendo éstos los únicos ahorros que le restan. A tales consideraciones hemos de añadir, como circunstancia que repercute favorablemente en su situación económica que se haya declarado la extinción de la pensión alimenticia acordada a favor de la hija.

No puede derivarse tampoco la existencia de un cambio sustancial en las circunstancias respecto a la situación fáctica que hubiera de haberse tenido en cuenta en el momento del convenio regulador, que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, el hecho de que la esposa en la actualidad perciba unos 700 euros mensuales por rentas de alquiler de un negocio de cafetería que ya no trabaja y de un piso (consta en autos que en el contrato de arrendamiento de otro de los pisos heredados figura como arrendadora su hija), y que eventualmente realice alguna actividad laboral (consta en autos que en septiembre de 2013 trabajó un total de 23 días como auxiliar de ayuda a domicilio): no habiéndose acordado en el momento de la separación el pago de pensión compensatoria alguna, renunciando expresamente a cualquier cantidad que pudiera corresponderle, y atendida la cuantía de las pensiones alimenticias, no puede considerarse como imprevisible que, para atender a sus propias necesidades, y en buena medida a las de sus hijos, la demandada hubiera de procurarse la obtención de unos mínimos ingresos, o que tuviera la expectativa de obtenerlos de un modo inmediato.

CUARTO: La estimación del recurso de apelación en el sentido expuesto conlleva que no se efectúe condena en costas en la alzada (ex artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS:

Que con estimación en el sentido expuesto del recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. Maximiliano contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2013, dictada en los autos de que este rollo dimana por el Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Santiago de Compostela , debemos revocarla y la revocamos en el sentido de declarar la extinción de la pensión alimenticia acordada a favor de la hija común de los litigantes Salvadora a la fecha en que contrajo matrimonio, no entrando a conocer del fondo en cuanto a la reclamación sobre devolución de las cantidades que hubiera podido abonar el demandante a favor de su hija con posterioridad a la fecha de haber contraído matrimonio; manteniendo el pronunciamiento desestimatorio de la pretensión de extinción o subsidiaria de reducción de la pensión de alimentos establecida a cargo del recurrente a favor del hijo común Romeo , desestimando también la pretensión de suspensión, y manteniendo el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia. Y todo ello sin efectuar tampoco imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución, en legal forma, a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación, por interés casacional, ante esta sala, en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Banco de Santander, en la cuenta de este expediente 1505-0000-12-0053-14.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico