



Roj: **SAP O 2103/2010 - ECLI:ES:APO:2010:2103**

Id Cendoj: **33044370052010100319**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **15/10/2010**

Nº de Recurso: **385/2010**

Nº de Resolución: **346/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA ALVAREZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00346/2010

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000385 /2010

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a quince de Octubre de dos mil diez.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 1.163/09, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo, Rollo de Apelación nº 385/10, entre partes, como apelantes y demandadas DOÑA Marisol Y DOÑA Almudena , representadas por el Procurador Don Ramón Blanco González y bajo la dirección de la Letrada Doña Cristina García Cuervo y como apelado y demandante DON Luis , representado por la Procuradora Doña Pilar Lana Álvarez y bajo la dirección de la Letrada Doña Beatriz Álvarez Solar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha diez de mayo de dos mil diez , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora Sra. Pilar Lana Álvarez, en la representación que tiene encomendada, se condena a Doña. Marisol al pago de 2.952,14 euros, y a Doña. Almudena al pago de 4.176,25 euros, cantidades que devengarán los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial y hasta la presente sentencia y desde la misma y hasta el completo pago, los previstos en el artículo 576 de la LEC , sin imposición de costas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Doña Marisol y Doña Almudena , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia acogió la demanda condenando a las demandadas a la devolución al actor de las cantidades consideradas indebidamente abonadas a aquéllas en concepto de alimentos y pensión compensatoria, con retroacción de los efectos de la extinción de tales obligaciones al momento en que ambas demandadas habían contraído matrimonio.

Dando por reproducidos los antecedentes fácticos de la presente litis, puestos de relieve en el primero de los fundamentos de la resolución recurrida, las apelantes invocan, como primera alegación en su escrito de formalización del recurso, la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada en el Juzgado nº 2 de Grado, que resolvió el incidente de modificación de medidas acordando la extinción de las pensiones compensatorias y alimenticia, alegación que enlaza claramente con la cuestión planteada en su día en orden a la invocación de la cosa juzgada y que ya fue resuelta por el auto de 9-2-10 dictado por esta misma Sala y que obra en las presentes actuaciones, de manera que al mismo cabe remitirse.

El tema a dirimir en esta alzada es claro que ha de reconducirse básicamente a analizar las alegaciones vertidas en los extremos segundo y tercero del escrito del recurso, así como la existencia o no de enriquecimiento injusto justificante de la reclamación.

SEGUNDO.- No parece que en principio haya de discutirse tanto el carácter de consumible de los alimentos como el hecho de que las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas derivadas de un procedimiento matrimonial tienen carácter constitutivo y no declarativo, de ahí que sus efectos se hayan de producir "ex nunc", y por tanto sin retroacción. Este es el criterio que en general se viene manteniendo en las Audiencias del territorio nacional, habiendo las recurrentes citado algunas de ellas así como otras varias de otros tribunales, a las que podríamos añadir a título de ejemplo las sentencias de 10-2-09 y 26-1-10 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los que se afirma el efecto no retroactivo habida cuenta del carácter consumible.

Por otro lado, este criterio general no está exento de posibles excepciones y no ya en los supuestos de abuso de derecho o mala fe, sino en otros que se han considerado en diversas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor.

Así, podemos referirnos a la sentencia de 22-1-10 de la Audiencia Provincial de Cádiz, que resolviendo un asunto en el que se planteaba el efecto retroactivo de la extinción de una pensión compensatoria, tras aludir a la regla general del carácter constitutivo, diferenció claramente 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 una nueva convivencia o una mejora de fortuna), lo que impediría por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada (como el matrimonio o fallecimiento) y ello ya en relación a la pensión compensatoria o alimentos, en cuyo caso sí podría darse el efecto retroactivo.

En términos parecidos se pronunció la sentencia de 5-10-09 de la Audiencia Provincial de Pamplona, que 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.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 11-9-09 negó el efecto retroactivo más allá de la interpelación judicial en un supuesto en el que el obligado a pagar la pensión compensatoria lo habría seguido haciendo aún con conocimiento de la alteración sustancial.

Descartada la existencia de mala fe de las demandadas y ahora recurrentes, lo cierto es que existió una causa objetiva de extinción de las pensiones alimenticia y compensatoria, cual fue los matrimonios contraídos por ambas, siendo ésta una circunstancia que acreditada exime de cualquier valoración o elucubración, pues viene establecida expresamente en lo que a la pensión compensatoria se refiere en el art. 101 del Código Civil y en lo que respecta a los alimentos puede racionalmente inferirse del art. 152.3 de dicho cuerpo legal.

En este sentido, y analizando un caso similar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23-12-04, citada por el actor, señaló que la carencia de causa que justificare la pensión de alimentos determinó un cobro de lo indebido constitutivo de un enriquecimiento injusto, figura ésta respecto de lo cual nuestro Tribunal Supremo ha venido en algunas resoluciones recientes confirmando a la ausencia de causa un sentido no meramente formal sino material, señalando como esencial la inexistente justificación de desplazamiento patrimonial producido, de tal manera que la causa se desvanece con el hecho de no obedecer el pago a una relación obligacional; así, no es necesario que exista mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (sentencia 14-12-94) o, como dice la sentencia de



18-11-05 , ausencia de justificación en su origen por no haber razón legal o negocial que explique la desarmonía producida.

En suma, y sin desdeñar el criterio sentado en las resoluciones antes citadas, es a juicio de este Tribunal la vía del enriquecimiento injusto la más adecuada a los efectos de fundar el éxito de la pretensión.

Las recurrentes achacan al actor retraso desleal en orden al ejercicio de la acción, de manera que aún conociendo la nueva situación de su ex esposa e hija habría continuado abonando las pensiones de forma voluntaria, aserto que basan fundamentalmente en las declaraciones de Doña Almudena , quien supuestamente lo habría comunicado a su padre, lo que, como señaló el Sr. Juez de instancia y esta Sala comparte, no se ha de dar por probado, ya que ello no se compadece con la relación que se señala existía entre padre e hija, de ningún contacto e incluso de temor. Por otro lado, tampoco encaja bien que existiendo tan mala relación D. Luis , caso de conocer el hecho del matrimonio, hubiese continuado abonando las pensiones en lugar de reclamar de inmediato su cese.

Este Tribunal, en definitiva, refrenda los argumentos que se han puesto de relieve en la recurrida y que no han quedado desvirtuados en la presente alzada.

TERCERO.- Los argumentos puestos de manifiesto en la primera instancia y que determinaron que se hiciese uso de la facultad excepcional de la no imposición de las costas, conforme a lo dispuesto en el art. 394.1.1º "in fine" de la LEC, han de hacerse extensivos a esta alzada, de ahí que procede idéntico pronunciamiento.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Marisol y Doña Almudena contra la sentencia dictada en fecha diez de mayo de dos mil diez por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se CONFIRMA.

No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Habiéndose confirmado la resolución recurrida, conforme al apartado 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre , por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino legal.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así, por esta nuestra Sentencia, 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/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.