



Roj: **SAP PO 3443/2002 - ECLI:ES:AP PO:2002:3443**

Id Cendoj: **36038370052002100515**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **5**

Fecha: **25/10/2002**

Nº de Recurso: **260/2001**

Nº de Resolución: **334/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION QUINTA

VIGO

C/Lalin, 4 - VIGO (PONTEVEDRA)

Tfno: 986817163

Rollo: RECURSO DE APELACION 260 /2001

Procedimiento: Modificación de Medidas 565/00

Origen: Juzgado de Primera Instancia num.5

LA SECCIÓN QUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA

CON SEDE EN VIGO, constituida por los Ilmos. Sres.

Magistrados D. Juan Manuel Lojo Aller, D^a Victoria E. Fariña Conde y D. José Ferrer González, han pronunciado
EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA NÚM 334/02

En Vigo (PONTEVEDRA), a veinticinco de Octubre de dos mil dos.

La Sección 5 de la Ilma. Audiencia Provincial de
PONTEVEDRA , con sede en Vigo, ha visto en grado de
apelación, los autos de INCIDENTES 565 /2000 del JDO.

PRIMERA INSTANCIA N. 5 de VIGO seguido entre partes, de
una como apelante-, Rafael , ,y
de otra, como apelado-, Marí Trini , Marí Juana , Valentina sobre
modificación de medidas..

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia
apelada.



PRIMERO.- Seguido el juicio por sus trámites legales ante el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 5 de VIGO , por el mismo se dictó sentencia con fecha uno de junio de dos mil uno, cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por D. Rafael , representado por la Procuradora D^a M^a José Lorenzo Zarandona contra D^a Marí Trini , D^a Valentina y D^a Marí Juana debo declarar y declaro extinguida la pensión alimenticia fijada a favor de las hijas comunes de los ligantes en la sentencia de divorcio de fecha 4 de mayo de 1985, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones de la parte actora. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en las costas causadas por el presente procedimiento.""

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por Rafael se interpuso recurso de apelación, alegando cuanto estimó pertinente, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria. Remitidos los autos originales del juicio a este Tribunal, se señaló para llevar a efecto la deliberación del mismo el pasado día 7/10/02, en que ha tenido lugar lo acordado.

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

Visto , siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Victoria E. Fariña Conde , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por D. Rafael se formula recurso de apelación contra la sentencia de instancia solicitando la revocación de la misma y que se declare la obligación de los demandadas de restituir al actor la suma de 847.387 pts. o subsidiariamente la de 624.119 pts. por alimentos indebidamente percibidos por los mismos. Se alegan por el recurrente como base de su pretensión las siguientes razones: a) Es cuestión controvertida en la doctrina jurisprudencial si la extinción del pago de las pensiones alimentarias se produce desde que concurre la causa extintiva, desde que se interpone la demanda o desde la sentencia.

b) Aún en caso de adoptar esta última postura la hija



Valentina fue declarada rebelde el 21-7-00 y en relación a ella en ese momento quedó extinguida la pensión.

c) La ex-esposa e hija Marí Juana en el hecho 3º de su contestación admiten estar dispuestas a renunciar a la pensión y partir de ese momento (18-10-2000) tal pensión queda extinguida.

d) Determinadas causas han llevado a una demora de la resolución que permitió que continuaran percibiendo las pensiones.

e) Sobvenida la causa de extinción de las pensiones se produjo la extinción de la legitimación activa de la madre para percibir las.

f) No pueden admitirse las razones del Juzgador de Instancia para denegar la devolución de las cantidades referentes al carácter consumible de las mismas ya que dicho supuesto sólo es aplicable cuando la sentencia de apelación reduce la cuantía de las fijadas en primera instancia.

g) Se alega el abuso de derecho y la mala fe.

SEGUNDO.- El primer motivo a) debe desestimarse por cuanto esta Sala admitiendo que la cuestión es controvertida mantiene el criterio acogido por la Juzgadora a quo en relación a que la fecha de efectos de la extinción de la prestación ha de referirse necesariamente a la fecha de la resolución en que se declara, pues no puede dotarse de efectos retroactivos toda vez que no puede retrotraerse la extinción de un derecho que ha estado vigente en virtud de sentencia firme hasta que se ha producido la revisión de la obligación por medio del ejercicio de las acciones legalmente previstas para tal fin.

En este mismo sentido SAP Barcelona de 12-1-99 cuyo contenido aparece recogido en la sentencia de instancia fundamento de derecho 2º; y la de la misma Audiencia de 5-9-2000 o la de AP Navarra de 6-11-2000 que señala : " Nuestro pronunciamiento es no sólo declarativo de la extinción sino constitutivo de la finalización de una obligación de abono de pago regular, por ello se comprende, que sus efectos, tan sólo estén provistos de ejecutoriedad, a partir de la fecha de pronunciamiento de la sentencia en la que se declara la extinción ". A salvo los casos en que se aprecie un manifiesto abuso de derecho por encontrarse



el hijo con antelación en una situación de independencia económica consolidada.

En nada queda desvirtuado lo expuesto por el hecho de que la hija Valentina haya sido declarada rebelde por cuanto la rebeldía procesal no puede equipararse al allanamiento sino que supone exclusivamente una mera pasividad o dejadez en la defensa de los derechos e intereses propios. Obsérvese que la hija Valentina en la prueba de confesión judicial al absolver la 7ª posición no dice, como alega el recurrente, que está dispuesta a reintegrar las pensiones percibidas desde que empezó a trabajar, sino que literalmente manifiesta : " No es cierto, pero si tiene que darle ese dinero se lo da"; y asimismo el hecho de que en el expositivo 3º de su escrito de contestación a la demanda Dª Marí Trini y Dª Marí Juana afirmen estar dispuestos a renunciar a la pensión alimenticia reconocida en sentencia, solicitando en el suplico que en la sentencia se estime la renuncia de las hijas y esposa al percibo de la pensión y se les absuelva de los demás pedimentos, no supone que pudieramos hablar en este caso de allanamiento por cuenta la demanda contenía varios pedimentos y sólo se muestra por los demandados (dos de ellos) conformidad con una de las pretensiones deducidas en la misma pero oponiéndose a la de reintegrar al actor la suma de 847.387 pts. pero es que aún en el caso del allanamiento éste no tiene otro efecto que la terminación anticipada del procedimiento y no produce efectos hasta que se dicte sentencia estimando la demanda en virtud del mismo y hay que partir además del hecho de que los alimentos son irrenunciables.

Tampoco puede hablarse en este caso de demora injustificada de la resolución del proceso incidental por cuanto presentándose la demanda el 19-5-2000 la primera demora, pues no se admite a trámite hasta el 15 de junio de 2000, es imputable al propio demandante que no aporta copias de la demanda para los codemandados, teniendo que ser requerida al efecto, y si bien es cierto que ante la solicitud de Abogado y Procurador de oficio realizadas por Dª Marí Trini y Dª Marí Juana se suspendió el curso de los autos el 21 de julio de 2000 y habiendo sido archivada la misma se reinició el procedimiento el 4 de



septiembre de 2000, lo cierto es que dentro del plazo de 10 días que a partir del requerimiento realizado se les concedió, se personan contestando a la demanda y el plazo de demora no resulta significativo si se tiene en cuenta que el mes de agosto es inhábil, siguiendo a continuación su curso normal el procedimiento y siendo debidas las dilaciones posteriores del mismo a la tardanza en cumplimentarse los oficios y exhortos que se acuerdan como diligencias para mejor proveer, precisamente en virtud de lo solicitado por la propia parte actora en la alegación 3ª epígrafe 3 de su escrito de vista (F. 125 vto), no pudiendo, por consiguiente, imputarse a la parte demandada un retraso significativo en el trámite del procedimiento. Tampoco puede compartirse la alegación del apelante respecto de que sobrevenida la causa de extinción de las pensiones se produjo la extinción de la legitimación activa de la madre para percibir las por cuanto ello es así pero desde el momento en que se declara la extinción. En cuanto a que el carácter consumible de los alimentos sólo es aplicable cuando la sentencia de apelación reduce la cuantía de los fijados en primera instancia, no puede estarse de acuerdo con esta apreciación por cuanto el principio jurídico que exime de la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos por el carácter consumible de éstos, reiteradamente señalado por la jurisprudencia, no opera exclusivamente en los casos en que las cantidades pagadas no lo fueron en concepto de alimentos sino en virtud de una exigencia abusiva de la parte que las reclama que valiéndose de la apariencia de un derecho formalmente vigente solicita la ejecución del contenido obligacional de una sentencia que ya había quedado obsoleto cuando el hijo ya había consolidado un trabajo estable y bien remunerado con anterioridad. Y por último en relación al abuso de derecho, ha quedado acreditado en autos que Dª Marí Juana contrajo matrimonio el 30 de octubre de 1999 y su trabajo en la universidad de Vigo con un sueldo que le permite atender a su subsistencia tiene lugar en marzo de 1999 y la hija Valentina aunque accedió al mercado laboral en el año 1996, como se infiere de su vida laboral, trabajó en Pórtico S.A. desde febrero hasta abril en Delta Kron S. L. de octubre a noviembre y a



continuación hasta abril de 1999 no comienza a trabajar en Clar Rehabilitación S.L. donde trabaja en los períodos de 22-4-99 al 8-10-99, del 21 de octubre de 1999 al 15-6-2000 y del 16-6-2000 al 12-10-2000 habiendo comenzado a trabajar el 15-11-2000 en Pinturas Restauraciones y Reves, ignorándose sus ingresos; y con estos datos puede afirmarse que la hija D^a Marí Juana gozaba de una situación de independencia económica consolidada al menos desde el 30 de octubre de 1999, de ahí que la reclamación de alimentos a partir de dicha fecha deba considerarse abusiva y proceda dar lugar a su devolución. En relación a la hija Valentina la conclusión que se extrae del material probatorio resulta distinta por cuanto desde noviembre de 1996 en que deja de trabajar en Delta Kron S.L. no hay constancia de que desempeñe actividad laboral alguna hasta abril de 1999 y aunque a partir de esta fecha trabaja con pequeños períodos de desempleo hasta noviembre de 2000 no se puede olvidar que en este período desempeña su actividad laboral en dos empresas diferentes y que cuando lo hace en Clar Rehabilitación S.L. no lo hace con total continuidad de forma que no pueda hablarse de una situación de independencia económica consolidada, situación que se considera como presupuesto para poder apreciar el abuso de derecho.

Por cuanto antecede el recurso de apelación debe estimarse en parte en el sólo extremo de declarar la obligación de la demandada Marí Trini de restituir al actor apelante la suma, que se acreditara en ejecución de sentencia, a que asciende el importe de las pensiones de alimentos de su hija Marí Juana (la mitad que por el concepto de pensión de alimentos abona el Sr. Rafael) percibidas a partir del 30 de octubre de 1999.

CUARTO.- Al estimarse en parte el recurso de apelación no procede hacer expresa imposición de costas de esta alzada. En atención a todo lo expuesto y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos confiere,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por D. Rafael contra la sentencia de



fecha 1 de junio de 2001 dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 5 de Vigo en los autos de Modificación de Medidas num. 565/2000 (Rollo de Apelación num. 260/01) debemos revocar y revocamos en parte la expresada resolución en el único extremo de declarar la obligación de la demandada D^a Marí Trini de reintegrar al actor la suma, cuyo importe se determinara en ejecución de sentencia, a que ascienden las pensiones de alimentos de su hija Marí Juana indebidamente percibidas a partir del 30 de octubre de 1999, confirmando el resto de sus pronunciamientos resolutorios y sin hacer expresa imposición de costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes en la forma establecida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con testimonio de esta resolución, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia por quien se acusará recibo.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de Sala n° lo pronunciamos, mandamos y firmamos.