



Roj: **SAP TF 2723/2004 - ECLI:ES:APTF:2004:2723**

Id Cendoj: **38038370042004100510**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **4**

Fecha: **23/12/2004**

Nº de Recurso: **567/2004**

Nº de Resolución: **506/2004**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PABLO JOSE MOSCOSO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA N.º 506.

Rollo n.º 567/2004.

Autos n.º 382/2004.

Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Santa Cruz de Tenerife.

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Pablo José Moscoso Torres.

MAGISTRADOS

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

=====

En Santa Cruz de Tenerife, a veintitrés de diciembre de dos mil cuatro.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1º Instancia n.º 7 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos n.º 382/04, seguidos por los trámites del juicio y promovidos, como demandante, por DON Pedro, representado en primera instancia por la Procuradora Doña Elena Rodríguez de Azero Machado y dirigido por el Letrado Don Humberto Sobral García, contra DOÑA Encarna, que ha comparecido en esta segunda instancia representado por la Procuradora Doña María de La Paloma Aguirre López y dirigido por el Letrado Don José Manuel Niederleytner García-Lliberos; ha pronunciado, EN NOMBRE DE S. M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrado-Juez Dª. María Dolores Aguilar Zoilo, dictó sentencia el catorce de julio de dos mil cuatro, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Rodríguez de Azero, en nombre y representación de Pedro, contra Encarna, acordando dejar sin efecto la obligación de alimentos del progenitor respecto de sus tres hijos, debiendo restituir la demandada las cantidades indebidamente percibidas desde agosto de 2003 respecto de su hijo Constantino y Marina y respecto de Pedro queda sin efecto la obligación de abono de alimentos desde el dictado de la presente resolución. Todo lo anterior lo es sin hacer especial condena en costas a ninguna de las partes».



TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, DOÑA Encarna , en el que solicitaba que se tuviera por preparado recurso de apelación contra tal resolución, petición a la que se accedió por el Juzgado mediante providencia en la que se acordó, además, emplazar a dicha parte por veinte días para la interposición de tal recurso; en el plazo conferido, se interpuso por escrito dicho recurso con exposición de las alegaciones en que se fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante, DON Pedro , presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos y mediante providencia de dieciocho de noviembre pasado, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintidós de diciembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ha discutido doctrinalmente la posibilidad y procedencia de la reconversión en el procedimiento especial para la modificación de medidas definitivas adoptadas en los procesos de separación y divorcio; sobre todo teniendo en cuenta, por un lado, el marco procesal tan estrecho en el que debe ventilarse una pretensión de ese tipo, pues el art. 775.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC - establece que tales peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el art. 771 de la misma LEC , y, por otro, que la reconversión se contempla solo en el procedimiento establecido en el art. 770 de la LEC , de manera que pueden suscitarse algunas dudas sobre su procedencia en aquél caso. Estas dudas se acrecientan si se parte de la consideración, aceptada generalmente sin reparos en la doctrina y en la jurisprudencia, de que la reconversión no es procedente en los procesos especiales salvo que sus normas reguladoras lo permitan expresamente, y, en el supuesto de los procesos especiales matrimoniales, solo se autoriza en el procedimiento del art. 770 citado, pero no en el especial para la modificación de medidas que se debe seguir por los trámites del art. 771.

Ocurre, sin embargo, que en la primera instancia no se ha seguido esta tramitación, sino que la pretensión de modificación se ha continuado por los trámites del art. 770 de la LEC ; quizá porque, también doctrinalmente y por algunas Audiencias Provinciales, se ha entendido que la remisión del art. 775.2 citado al 771 de la misma Ley carece de sentido por la restricción de garantías procesales que implica y se debe a un error puramente material padecido en la tramitación parlamentaria de la Ley 1/2000 , en la que, debido a las enmiendas y reformas introducidas, no se varió esa remisión inicial contenido en el Proyecto y que, como consecuencia de otras enmiendas, había quedado sin un encaje sistemático adecuado.

La cuestión, sin embargo, ha venido a ser resuelta por el Tribunal Supremo de manera indirecta al conocer de recursos de queja interpuestos contra resoluciones denegatorias de recursos de casación intentados frente a sentencias recaídas en procedimientos que tenían por objeto esa pretensión (la modificación de medidas definitivas). En efecto, el auto de dicho Tribunal de 31 de julio de 2003 (por citar uno de los más recientes y en el que se recogen otros muchos anteriores) señala que la referencia o remisión al art. 771 recogida en el art. 775.2, ambos de la LEC , no puede entenderse como un mero error material o errata, pues no ha sido objeto de rectificación en las Correcciones aparecidas en el BOE de 14 de abril y en el de 28 de julio de 2001 y, además, la redacción del art. 775.2 actual era idéntica en el precepto equivalente del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de octubre de 1998 (véase el art. 777.2, con remisión entonces al art. 773), e igualmente idéntico era el art. 775.2 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de fecha 26 de diciembre de 1997 , sin que se calificase en el «iter» legislativo tal remisión de equivocada; es más, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 11 de mayo de 1998, de modo explícito «se considera también acertada la previsión recogida en el artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil , sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que variaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo». La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como «cuestión incidental». El mismo criterio se sigue en otros autos del Tribunal Supremo y, entre estos, los que se citan en aquél de 12 de junio y 18 de septiembre de 2001 y los de 25 de junio, 2 de julio, 1 de octubre, 5 de noviembre de 2002, 4 de febrero, 11 y 18 de marzo, 13 de mayo, 10 de junio y 8 de julio de 2003 .



En cualquier caso y no sin ciertas dudas, se puede también sostener que, incluso en el marco procesal del art. 771 de la LEC, cabe introducir la reconvencción por el demandado pero a través de los mecanismos previstos al efecto para el juicio verbal, es decir, planteándola y notificándola al actor al menos con cinco días de antelación al señalado para la vista (art. 438.1 de la LEC), y ello para garantizar el derecho de contradicción y defensa del actor frente a la pretensión reconvenccional.

SEGUNDO.- Lo anteriormente expuesto guarda una cierta relación con el primer motivo del recurso en la medida en que la parte apelante plantea la nulidad de actuaciones por no haberse tramitado la reconvencción formulada por ella y haber sido rechazada en la sentencia apelada precisamente por no haberse ejercitado en forma, sobre todo cuando por medio de otrosí planteó la posibilidad de que se tuviera por formulada tal pretensión, lo que según la misma parte le ocasiona indefensión.

Sin embargo y sobre esta cuestión parece conveniente hacer las siguientes precisiones:

La primera que, en efecto, la reconvencción, en los casos que proceda en los procesos matrimoniales (es decir, respecto de aquellas medidas sobre las que el tribunal no puede pronunciarse de oficio, según el art. 770.2ª de la LEC), tiene que plantearse en la forma legalmente requerida siendo en otro caso inadmisibile (como claramente se infiere de la misma rúbrica del art. 406 con relación a la reconvencción implícita).

La segunda que, en este caso, ni los alimentos de los hijos mayores ni el incremento de la pensión compensatoria (o el trasvase a este concepto de la cantidad antes señalada como alimentos de los hijos) son medidas sobre las que el tribunal puede pronunciarse de oficio, que son generalmente las relativas generalmente a los menores, respecto de las cuales el interés público es predominante.

La tercera, que la parte no puede dejar a la apreciación del tribunal el ejercicio condicionado de una pretensión en función de posibles alternativas en la interpretación de la norma, ya que puede suponer el traslado al tribunal de una carga de su exclusiva incumbencia, lo que además puede ir en detrimento de la parte contraria, con afectación incluso de los principios de imparcialidad y de igualdad de las partes.

En cuarto lugar, que la falta de planteamiento de la reconvencción en forma es un defecto insubsanable al ser de indeclinable cumplimiento en tiempo oportuno, pues la subsanación implicaría el otorgamiento de un nuevo plazo para formular adecuadamente un acto sujeto preclusión y ya precluido.

Finalmente y lo que es más importante, que en este caso la sentencia apelada no solo desestimó la pretensión por esa razón formal, sino también por otros motivos de fondo (señalados a mayor abundamiento) en el último párrafo de su fundamento de derecho primero.

TERCERO.- Sobre a base de lo anterior entiende la Sala que no puede estimarse el primer motivo del recurso, ya que no existe nulidad cuando ha concurrido una causa legal de inadmisión (insubsanable, como se ha señalado), ni desmerece por ello el derecho de defensa de la parte cuando, además, se le ha dado una repuesta sobre el fondo de la pretensión reconvenccional; en todo caso y de estimarse que esta respuesta es inadecuada, procedería en su caso estimar el recurso pero ello no tanto por la nulidad alegada (que supondría la retroacción de actuaciones), sino por la improcedencia de los argumentos recogidos en la resolución. Por lo demás, se podría matizar que la indefensión se habría generado para el actor (en la medida en que no se la ha dado traslado de la reconvencción), pero éste nada ha opuesto al respecto.

CUARTO.- No se impugna en el recurso la supresión de la pensión de alimentos a favor de los dos hijos mayores de las partes que ya han contraído matrimonio, sino la devolución de las cantidades satisfechas a la actora en concepto de alimentos de alimentos desde la fecha de tales matrimonios (en agosto de 2003), por un lado, y, por otro, la supresión de la pensión de alimentos a favor del otro hijo, también mayor de edad (Pedro), que "todavía depende de sus padres".

La impugnación de esta supresión es improcedente. No consta en los autos la fecha de nacimiento de ese hijo mayor, pero ya en la sentencia dictada en el treinta y uno de julio de dos mil en el procedimiento de separación, se señala que Pedro "cumplirá 24 [años] el próximo Diciembre", lo que significa que en la actualidad cuenta con veintiocho años de edad o que cumplirá esta edad en lo que resta del mes en curso; pues bien, la situación académica de ese hijo es la misma que en el año dos mil (solo consta que tiene aprobado dos asignaturas de primero de Derecho), ya ha trabajado esporádicamente y, por tanto, ha accedido al mercado laboral; en tales circunstancias y no existiendo constancia de algún impedimento por su parte para subvenir a sus propias necesidades, es fácil advertir, sin necesidad de más explicaciones añadidas, que su derecho a percibir alimentos del padre se ha extinguido según el art. 152 del Código Civil que se cita en la propia resolución recurrida. El beneficiario de la pensión es el hijo y no la madre, de manera que no cabe mantener dicha pensión ni aumentarla, por lo que el recurso debe desestimarse en ese punto.



QUINTO.- En lo que se refiere a la devolución de las cantidades ya abonadas por los dos hijos mayores desde que contrajeron matrimonio, la impugnación plantea una cuestión previa, en concreto, la de la determinación de la eficacia (retroactiva o no) de la resolución que modifica o suprime una medida definitiva anterior.

Sobre este punto no existe un criterio unánime en las distintas Audiencias Provinciales, que siguen, en principio, tres soluciones distintas y posibles: la que establece el inicio de los efectos en el momento de la interposición de la demanda instando la supresión, la que lo fija en la sentencia de primera instancia que la acuerda y la que lo señala en el momento de la sentencia firme (la de segunda instancia si ha existido apelación). Y es posible encontrar argumentos para defender cada una de esas soluciones.

Ahora bien, esas soluciones pueden servir en la generalidad de los casos en los que se pueden plantear unas ciertas dudas en la procedencia de la modificación o de la supresión, pero no en otros en los que sí existe una mayor unanimidad en tales Audiencias a la hora de admitir la posibilidad de devolución (o bien de no abonar las cantidades reclamadas, si éstas se exigen en un proceso de ejecución del título judicial), en concreto, en aquellos casos en que se ha producido un enriquecimiento injusto o bien ha existido un manifiesto abuso de derecho, es decir, cuando constatada sin ninguna duda la extinción del derecho sobre la base de lo prevenido del artículo 152 del Código Civil (que opera de forma automática y sin necesidad de una declaración judicial), se pretende "con manifiesto abuso de derecho, prolongar, por meros motivos formales,... una obligación que legalmente había fenecido, lo que conduciría, de estimarse su pretensión, a un enriquecimiento sin causa, que no puede ser amparado judicialmente" (auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de enero de 2001). Ello es así, se podría añadir, tanto cuando se trata de prolongar esa situación como cuando se ha mantenido la misma en un estado tal que la percepción de la pensión ha implicado un manifiesto enriquecimiento injusto (derivado de un ejercicio anormal del derecho).

Esta situación puede reconocerse en este caso; la apelante ha seguido percibiendo (pues era ella la destinataria directa de las pensiones a favor de sus hijos) una cantidad en concepto de alimentos por éstos ya habían contraído matrimonio y carecían del derecho a percibirlos, de manera que esa percepción carecía de la causa que la justificara y que, en cuanto que carente de causa, determinaba un cobro de lo indebido (con conocimiento de que lo era, además) constitutivo de un enriquecimiento injusto. Procede, por tanto, desestimar también en este punto el recurso.

SEXTO.- Finalmente y para agotar todas las cuestiones suscitadas también en la instancia sobre las pretensiones de la apelante, solo cabe insistir en la improcedencia del aumento de la pensión (o en el trasvase de la cantidad asignada como alimentos a la pensión), porque, de un lado y como se señala en la sentencia apelada, no se han acreditado los presupuestos o requisitos exigidos para la modificación de la pensión (art. 101 del Código Civil), ni cabe ese trasvase de forma automática cuando se trata de pensiones que responden a causas y fundamentos jurídicos distintos.

SÉPTIMO.- Procede, en atención a lo expuesto, desestimar el recurso de apelación formulado lo que lleva consigo la imposición de las costas a la parte apelante, por disponerlo así el art. 398, en relación con el art. 394, ambos de la LEC.

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto y confirmamos la sentencia apelada, con imposición de costas a la parte apelante.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.