

# EDJ 2009/268571

AP Murcia, sec. 5ª, S 20-10-2009, nº 226/2009, rec. 256/2009

Pte: Nicolás Manzanares, José Manuel

## Resumen

*Estima en parte la AP el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra sentencia que acogió las pretensiones del actor y declaró extinguidas las pensiones compensatoria y de alimentos fijadas en la sentencia del divorcio de ambos litigantes. Indica la Sala que procede la extinción de la pensión compensatoria al mantener la recurrente una convivencia marital o more uxorio estable y permanente, operando la extinción desde la fecha de la demanda rectora de este asunto y no con el carácter retroactivo que ahora pretende el apelado, pues en primer lugar la retroactividad tiene carácter excepcional y en segundo lugar no fue interesado en la demanda. Señala el juez "ad quem" que procede también declarar extinguida la pensión alimenticia respecto de los hijos mayores de edad, dada la independencia económica de los mismos, pues el hecho de que la hija se encontrara cobrando la prestación por desempleo en el momento de dictarse la sentencia no es óbice para declarar tal extinción, ya que la pensión alimenticia no puede tomarse como un derecho que aparezca o desaparezca en función de las fluctuaciones de la vida laboral del alimentista una vez que éste ya comenzó su andadura en el mercado de trabajo.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.101 , art.1255

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Pensión compensatoria

Concesión

Supresión

##### Pensiones alimenticias a los hijos

En general

Modificación

Otras cuestiones

##### Hijos mayores de edad

Cuestiones generales

Extinción de la obligación

Supuestos en que sí procede

##### Procedimiento de modificación de medidas

En general

Requisitos de la modificación de condiciones

Sobrevenidas

Sustancial

Permanente

### RECURSOS

#### CASACIÓN

Interdicción de cuestiones nuevas

### RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada,Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

#### Legislación

Aplica art.101, art.1255 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.394, art.398 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.248.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Concesión, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Supresión SAP Madrid de 12 marzo 2008 (J2008/101209)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensión compensatoria - Supresión, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Pensiones alimenticias a los hijos - Modificación - Otras cuestiones, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Procedimiento de modificación de medidas - Requisitos de la modificación de condiciones - Sustancial SAP Barcelona de 16 febrero 2007 (J2007/71466)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Cartagena en los referidos autos, tramitados con el número 710/2008, se dictó sentencia con fecha 16 de marzo de 2009, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Sánchez abril en nombre y representación de D. Luis Pedro frente a D<sup>a</sup> Raimunda, debo acordar y acuerdo a modificación de las medidas vigentes entre las partes, y todo ello sin hacer una expresa imposición de costas:

- Se declaran extinguidas las pensiones alimenticias que el padre venía abonando a la madre en relación a los hijos Everardo y Carla, con efectos 16 de marzo de 2009.

- Se declara extinguida la pensión compensatoria que el esposo venía abonando a la esposa, con efectos 31 de mayo de 2006".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se preparó recurso de apelación por la parte demandada, que, una vez admitido a trámite, interpuso en tiempo y forma, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a la parte demandante, emplazándola por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentó escrito de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, con expresa condena en costas a la contraparte. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 256/2009, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día de la fecha su votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Raimunda se centra sobre la procedencia de la extinción de la pensión compensatoria acordada por la sentencia de instancia, los efectos retroactivos que a la misma reconoce la resolución y la procedencia de la extinción de la pensión de alimentos para los hijos de los litigantes, mayores de edad, D<sup>a</sup> Carla y D. Everardo, que venía abonando el padre, D. Luis Pedro .

SEGUNDO.- Centradas de este modo, también, las cuestiones controvertidas sometidas a la consideración de esta Sala, en lo relativo a la extinción de la pensión compensatoria, el recurso no puede prosperar, pues debemos coincidir con el Juzgador de instancia en que la ahora apelante, al menos desde el 31 de mayo de 2006 (con posterioridad, por tanto, al divorcio de los litigantes) mantuvo con otra persona, concretamente con D. Urbano, convivencia marital o una convivencia que clara y nítidamente fue más allá de una relación de novios como la que se sostiene en el recurso con fundamental apoyo en el testimonio de los hijos de los litigantes y que guardó caracteres similares a la conyugal o more uxorio, permanente y estable, que supuso una posesión de estado familiar de facto, que, por ello, opera como causa de extinción de la controvertida pensión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil EDL 1889/1 .

Ciertamente, establecida la pensión compensatoria por la sentencia de separación dictada en los autos que se siguieron al número 244/2003 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Uno de Cartagena, en el posterior juicio de divorcio, que se siguió en el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Cartagena al número 546/2005, el esposo ya instó la extinción de la pensión por la misma causa y, aunque tal pretensión fue acogida por la sentencia dictada en primer grado en fecha 28 de julio de 2005, la de apelación, dictada por esta misma Sección en fecha 31 de marzo de 2006, revocó tal pronunciamiento, entendiéndolo que la prueba practicada en la primera instancia resultaba insuficiente como para dar por acreditada una convivencia marital; pero ahora esa prueba sí aporta datos que permiten inferir la anticipada conclusión.

En efecto, si, como se desprenden de los fundamentos de esa sentencia de apelación, en aquel juicio de divorcio dicha prueba quedó limitada a un informe de un detective privado "referente a determinadas horas de tan solo cinco días (7 de enero, 2 de febrero, 8 de febrero, 24 y 25 de febrero de 2.005), en los que se aprecia que un hombre, que en el informe se identifica como D. Urbano, entra y

sale de la vivienda en la que habita la demandada y los hijos de ésta, en las actitudes que obran en el informe y en la grabación que del mismo forma parte", que fueron valoradas como compatibles con "visitas esporádicas a la vivienda de la demandada, incluso con permanencia en ella durante más de un día" y cuya prueba de detective privado tampoco había sido complementada por ningún otro medio de prueba, como razonaba dicha resolución, ahora nos encontramos con otro informe de detective privado y otras pruebas que lo complementan que llevan a la solución contraria. En efecto, mientras que en aquel otro informe se centra en un día del mes de enero de 2005 y en cuatro del siguiente mes de febrero, en el aportado en esta "litis" se detallan como días en los que fueron realizados los controles y seguimientos los de 27, 28 y 31 de mayo, 5 y 8 de junio y 4 de septiembre de 2006 y 18 de enero y 21 de septiembre de 2007, revelando unas actitudes que no son de visitante, sino de alguien con total integración en la relación de pareja; y a ello se suma que el Sr. Urbano figura como padre de dos hijas de la Sra. Raimunda, nacidas en los años 2004 y 2005; que a fecha 31 de julio de 2008, según volante de empadronamiento familiar, el Sr. Urbano figura, junto con la Sra. Raimunda y los hijos de ésta (incluidas las dos niñas), empadronado en el mismo domicilio en el que se hizo aquel seguimiento por el detective; y que, aunque en fecha 4 de febrero de 2009, el Sr. Urbano ya no figura empadronado en ese domicilio, en las Diligencias Previas número 662/2008 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Número Uno de Cartagena fue dictado auto en fecha 14 de noviembre de 2008 imponiendo al Sr. Urbano una prohibición de acercarse y de comunicarse con la Sra. Lourdes y "sus hijas menores de edad Adelaida Y Delfina".

TERCERO.- Distinta suerte ha de correr el otro motivo del recurso relativo a la retroacción de los efectos de la extinción de la pensión compensatoria a fecha 31 de mayo de 2006. Efectivamente, como ya en auto de 10 de septiembre de 2002 (Rollo 273/2002) dejó sentado esta Sección, la sentencia por la que se acuerda la extinción de la pensión compensatoria es de naturaleza constitutiva, en cuanto modificativa de una situación jurídica, o tendente a la cesación de una situación jurídica preexistente, por lo que la producción de sus efectos ha de entenderse "ex nunc", esto es sin conferirle retroactividad; y, aunque es cierto que, siendo ésta la regla general admitida por las distintas Audiencias Provinciales, se admite que en supuestos excepcionales quede suficientemente justificada la eficacia retroactiva por exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos (vid. sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de 12 de marzo de 2008 -núm. 321/2008, rec. 10/2008 EDJ 2008/101209 - y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 16 de febrero de 2007 -núm. 93/2007, rec. 729/2006 EDJ 2007/71466 -), en este caso nos encontramos con que esa eficacia retroactiva no fue interesada en la demanda rectora de las actuaciones, en la que D. Luis Pedro se limitó a interesar que se declarara extinguida la pensión compensatoria; y esta es una materia en la que rige el principio dispositivo y la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil EDL 1889/1 ). Por lo tanto, se ha de estar a la referida regla general, revocando en este sentido la sentencia apelada.

CUARTO.- Finalmente, el último motivo del recurso, en el que se impugna el pronunciamiento de la sentencia apelada que declara extinguida la pensión alimenticia que el padre venía abonando en relación con sus dos hijos, ha de ser desestimado, ya que este tribunal comparte la argumentación de dicha resolución considerando que "el hijo Everardo lleva casi dos años trabajando de forma ininterrumpida y a jornada completa, por lo que cabe sostener su independencia económica" y que "La hija Carla ha trabajado desde abril de 2007 a finales de febrero de 2008, estando cobrando actualmente el desempleo, por lo que también puede predicarse una continuidad en su trabajo y posterior prestación de desempleo que supera los 420 euros mensuales, con lo que no puede sostenerse que continúe siendo acreedora de la prestación alimenticia". Lo que sobre todo está poniendo de relieve la resolución judicial es el acceso al mercado laboral de los dos hijos, suponiendo ya una seria probabilidad de gozar de vida independiente y, por ende, sufragar sus propias necesidades, resultando en tales condiciones fuera de lugar obligar al progenitor a continuar prestando la pensión alimenticia, a lo que no puede verse abocado de manera perenne cuando los alimentistas han demostrado su capacidad para obtener ingresos propios; y ello aunque en el momento de dictarse la sentencia apelada la hija se encontrara cobrando la prestación por desempleo, pues la pensión alimenticia no puede tomarse como un derecho que aparezca o desaparezca en función de las fluctuaciones de la vida laboral del alimentista una vez que éste ya comenzó su andadura en el mercado de trabajo.

QUINTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , habida cuenta la estimación parcial del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

## FALLO

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Gregorio Farinós Martí, en nombre y representación de Dª Raimunda, contra la sentencia dictada en fecha 16 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Cartagena, en el Juicio de Modificación de Medidas número 710/2008, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha resolución únicamente en lo relativo a la fecha de los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, que se fija en la referida de 16 de marzo de 2009, CONFIRMANDO los demás pronunciamientos de dicha sentencia que no se opongan al presente; y ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y, en su momento, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.  
Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 30016370052009100511