

EDJ 2003/185181

AP Girona, sec. 2ª, A 30-5-2003, nº 136/2003, rec. 249/2003

Pte: Rey Huidobro, José Isidro

Resumen

Al estimar la AP la alzada interpuesta por el demandante, revoca la sentencia dictada en el sentido de condenar a la demandada a la devolución de las pensiones compensatorias indebidamente percibidas por parte de aquél. Rechaza la Sala la aplicación que en la instancia se hizo de la doctrina recogida en los arts. 1900 y 1901 CC al supuesto enjuiciado toda vez que si el recurrente no había iniciado con anterioridad el procedimiento de modificación de medidas era porque aún conociendo la convivencia “more uxorio” de su esposa con otro hombre, precisaba de una prueba contundente para acreditar tal extremo.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.7 , art.1900 , art.1901

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	2

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Pensión compensatoria

Supresión

Procedimiento de modificación de medidas

En general

Requisitos de la modificación de condiciones

Sobrevenidas

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Modificación de medidas

Legislación

Aplica art.7, art.1900, art.1901 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398.2 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de D. Adolfo, se interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha 3 de marzo de 2003, dictado en los autos de Modificación de Medidas Definitivas núm. 45/2002 por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 2 de SANTA COLOMA DE FARNERS. Admitido el recurso en ambos efectos, y presentado ante esta Sección, se tramitó recurso de apelación en el que se personó la indicada parte apelante y como parte apelada el Procurador Dª Carmina Janer Miralles, en nombre y representación de Dª María Luisa, y previos los trámites correspondientes quedaron las actuaciones para resolver, habiéndose señalado el día 28 de mayo de 2003 para la deliberación y votación de la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas establecidas en sentencia de divorcio y declara extinguido el derecho de la demandada, Dª María Luisa, a la pensión compensatoria establecida en Sentencia de 23 de febrero de 1995, pero rechaza la restitución de las pensiones abonadas por el demandante D. Adolfo porque éste conocía la cohabitación “more uxorio” de la demandada, como causa de extinción de la pensión compensatoria desde hace tiempo, pero no presentó la demanda de modificación hasta febrero de 2002, de donde colige que las cuotas abonadas desde marzo de 2001, fecha en

que quedó acreditada la cohabitación con carácter permanente y estable, generadora de un estado familiar “de facto”, de la demandada, lo fueron en concepto de liberalidad, ya que no ha demostrado el error o motivación del abono (art. 1900 C.C. EDL 1889/1).

SEGUNDO.- Muestra su disconformidad con lo decidido en primera instancia, el demandante Sr. Adolfo, quien mantiene que en cuanto tuvo en su poder la Certificación del Registro a través de la que llega a conocimiento de que la Sra. María Luisa manifiesta al Notario autorizante que su domicilio es el mismo que el de su conviviente, inmediatamente interpone la demanda de modificación de medidas, destacando igualmente el recurso, la conducta patente de la demandada dirigida a ocultar su convivencia con su compañero sentimental, hasta el punto de que contrajo matrimonio con él a las 8.30 horas de la mañana y hasta el mismo acto de la vista del juicio, no lo manifestó, desconociéndolo el apelante; tampoco quiso aceptar los burofax a ella remitidos al domicilio que compartía con el que hoy es su nuevo esposo, rehusándolos con intención de evitar pruebas de su convivencia extramarital que pudieran propiciar la extinción de la pensión que continuaba percibiendo mediante la ocultación fraudulenta de su convivencia “more uxorio”.

TERCERO.- Por eso, no puede ser de aplicación el art. 1900 C.C. EDL 1889/1 para presumir el ánimo de liberalidad del obligado al pago de la pensión compensatoria, sino que realizaba el pago porque había una sentencia que le obligaba a ello y no pudo solicitar la extinción de la pensión, mientras no dispuso de una prueba concluyente o poderosa, para demostrar la cohabitación de la demandada con un tercero, pues ya la había alegado en el procedimiento de divorcio, pero se había rechazado como causa de extinción de la pensión porque acreditada plenamente ya entonces la relación entre la aquí demandada Sra. María Luisa y el Sr. Jesús Manuel (hoy su esposo), no se demostraba la convivencia, ya que cada uno residía en distinto domicilio.

Por lo tanto, el demandante Sr. Adolfo siguió pagando la pensión a que venía obligado por sentencia, mientras no dispuso de la prueba fehaciente de que la demandante y su compañero convivían en el mismo domicilio, constituida por la inscripción registral aportada con la demanda y el domicilio común declarado por ambos compradores y que no tuvo por qué conocer al practicarse dicha inscripción de compra, pues difícilmente podía exigirse al aquí actor una supervisión permanente de las inscripciones registrales y difícil tenía la prueba de la convivencia, cuando ya se ocupaba la demandada de esconderla, actuando de forma abusiva en contra de la buena fe que exige el art. 7 del Código Civil EDL 1889/1 .

CUARTO.- Por ello no sería de aplicación al caso el art. 1900 del C.C. EDL 1889/1 y sí en su caso el art. 1901 EDL 1889/1 en relación con el art. 7, ambos del C.C. EDL 1889/1 , que presume error en el pago cuando se entrega cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, porque la obligación de pago de la pensión compensatoria existía hasta que se dio la causa de extinción, que es la convivencia “more uxorio”. Pero si esta causa de extinción, ha venido siendo ocultada con argucias y subterfugios por la demandada para impedir su demostración por el perjudicado, actuando abusivamente y contra los dictados de la buena fe en perjuicio del obligado, hasta el punto de esconderle el matrimonio contraído el 24 de junio de 2002, resulta claro que se ha producido un enriquecimiento injusto de la demandada, propiciado por una conducta presidida por la mala fe de la demandada, que debe ser reparado en los términos solicitados en el recurso de apelación (art. 398.2 LEC EDL 2000/77463)

En consecuencia, si la sentencia de primera instancia considera probada la cohabitación “more uxorio” de la demandada desde el 31 de marzo de 2001, hecho en el cual ha de coincidir plenamente la Sala, y el actor no ha podido demostrarlo hasta la interposición de la demanda (cuando dispuso de una certificación registral que avalaba la realidad del hecho), y ello debido a la actitud paladina de la demandada para esconderlo al demandante, debe ésta restituirle las prestaciones percibidas desde aquella fecha por indebidas (cuotas de pensión compensatoria), estimándose con ello el recurso de apelación, con revocación de la sentencia en este extremo y plena estimación de la demanda, ya que la convivencia marital estable constituye una situación de hecho generadora de ciertos efectos, como es el de extinción del derecho a seguir percibiendo la pensión, y la ocultación fraudulenta de la misma da lugar a una percepción indebida que debe ser restituida.

QUINTO.- La estimación del recurso con revocación de la sentencia de primera instancia y estimación plena de la demanda, ha de comportar la imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia (art. 394.1 LEC), sin que proceda hacer especial imposición de las costas de esta apelación, (art. 398.2 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

FALLO

En virtud de lo expuesto la Sala, siendo Ponente el Ilmo. D. José Isidro Rey Huidobro, acuerda: Que estimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora D^a Concepción Bachero Serrado, en nombre y representación de D. Adolfo, contra el auto de 3 de marzo de 2003, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santa Coloma de Farners, dictada en el procedimiento de modificación de medidas de divorcio núm. 45/2002, de los que el presente rollo dimana, revocamos dicha resolución.

Y en su lugar declaramos extinguido el derecho de D^a María Luisa a la percepción de pensión compensatoria a cargo de D. Adolfo, con efectos de 31 de marzo de 2001, y condenamos a dicha demandada a devolver al Sr. Adolfo las cantidades percibidas en tal concepto desde aquella fecha, así como al pago de las costas de la primera instancia.

Todo ello sin hacer especial imposición de las costas de esta apelación.

Contra la presente resolución no cabe recurso extraordinario alguno.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así lo acordó la Sala y firmaron los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen superior. José Isidro Rey Huidobro.- Joaquim Miquel Fernández Font.- Jaime Masfarre Coll.

