

Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª, Sentencia 574/2021 de 30 Sep. 2021, Rec. 900/2019

Ponente: Hernández Barea, Hipólito.

Nº de Sentencia: 574/2021

Nº de Recurso: 900/2019

Jurisdicción: CIVIL

ECLI: *ES:APMA:2021:4755*

Condena a la exesposa a devolver la pensión compensatoria cobrada desde la sentencia de primera instancia, que desestimó la petición de extinción de dicha pensión, hasta la sentencia de apelación, que la declaró extinguida

COBRO DE LO INDEBIDO. Condena a la exesposa a devolver el importe de la pensión compensatoria cobrada desde la sentencia de primera instancia, que desestimó la petición de extinción de dicha pensión, hasta la sentencia de apelación, que la declaró extinguida. La Audiencia Provincial, al dejar sin efecto la condena al pago de la pensión compensatoria, en virtud del efecto revisor del recurso, produce efectos similares a los del art. 533.1 de la LEC, con lo que la beneficiaria debe devolver la cantidad que hubiera percibido. No es razonable hacer de peor condición a quien, inmediatamente ejecutiva la medida, paga voluntariamente, que al moroso que apuesta por esperar a que una eventual sentencia de apelación le diera la razón, de modo que se fomentaría el incumplimiento de las resoluciones judiciales.

La AP Málaga revoca la sentencia del Juzgado y estima la demanda de reclamación de cantidad por cobro de lo indebido.

TEXTO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CUATRO DE MÁLAGA.

JUICIO ORDINARIO SOBRE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.

ROLLO DE APELACIÓN CIVIL NÚMERO 900/2019.

SENTENCIA NÚM. 574/2021.

Ilmos. Sres.

Presidente

D. Hipólito Hernández Barea

Magistrados

D^a María Teresa Sáez Martínez

D^a María del Pilar Ramírez Balboteo

En Málaga, a 30 de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Málaga, sobre reclamación de cantidad, seguidos a instancia de Don Juan Francisco contra Doña Rita; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Málaga dictó sentencia de fecha 21 de noviembre de 2018 en el juicio ordinario del que este Rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así:

"Que, desestimando íntegramente la demanda principal formulada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Torres Beltrán, en nombre y representación de D. Juan Francisco contra D^a Rita, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la expresada demandada de todos los pedimentos contenidos en aquélla. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante. "

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la representación del demandante, el cual fue admitido a trámite dándose traslado del escrito en el que constan los motivos y razonamientos del mismo a la otra parte para que en su vista alegase lo que le conviniese. Cumplido el trámite de audiencia se elevaron los autos a esta Audiencia, y tras su registro se turnaron a ponencia quedando pendientes de deliberación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Il^{mo}. Sr. D. Hipólito Hernández Barea. Habiendo tenido lugar la deliberación previa a esta resolución el día 14 de septiembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

No aceptando los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- Considerando que por la representación procesal de *la parte apelante* se solicitó la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra en esta alzada que, admitiendo la presente apelación y tras los trámites legales oportunos, estimase el recurso

y consecuentemente la demanda con costas a la demandada. Alegó que *interpuso demanda de juicio ordinario en reclamación de 17.400 euros en ejercicio del derecho de la figura del cobro de lo indebido regulada en los artículos 1895 (LA LEY 1/1889) y 1896 del Código Civil (LA LEY 1/1889); siendo el importe correspondiente a la pensión compensatoria abonada por el demandante en virtud de la sentencia de fecha 21 de abril de 2014 dictada en el Procedimiento de Modificación de Medidas tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Málaga; resolución que fue revocada por la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 15 de julio de 2016, extinguiendo la pensión en aplicación del artículo 101 del CC. (LA LEY 1/1889)* La demandada se opone argumentando que no se cumplen los requisitos jurisprudenciales para que prospere la acción ejercitada, ni aprecia error por parte del actor en el pago de las cantidades cuya restitución reclama. No se discute el fundamento en el que basábamos nuestra demanda, concretamente la diferente naturaleza de la pensión compensatoria y la alimenticia, en cuanto al carácter consumible de ésta, y no de aquella. Tras invocar dos sentencias del Tribunal Supremo y una de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, el juzgador incurre en un error en la valoración de la prueba, infringiendo los artículos 1895 (LA LEY 1/1889) y 1896 del Código Civil (LA LEY 1/1889), pues entiende esta parte que no toma en consideración cual sea el origen y la causa de lo que se aquí se reclama; en este caso una pensión compensatoria mantenida en la sentencia de instancia y posteriormente extinguida en la sentencia de la Sala que revoca la primera. Al respecto, nuestro Tribunal Supremo ha reiterado en sucesivas sentencias que la "pensión compensatoria es una prestación económica a favor de un esposo a a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges (...) A el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio". De esta forma, si por sentencia se fija en concepto de pensión compensatoria una determinada cuantía y la misma es reducida posteriormente en apelación o es extinguida, como sucede en el presente caso, habrá de estarse a lo dispuesto en la última sentencia que sustituye a la primera, de forma que si en la sentencia de la Sala nada se dice (como es el caso), ni se ha solicitado aclaración; la segunda resolución anula y enmienda la de primera instancia en todos sus aspectos, por lo cual la reducción o extinción acordada da derecho a recuperar lo abonado de más. Esta devolución ciertamente no sucedería, como parece que no distingue el juzgador de instancia, si se tratara de una pensión alimenticia, dado el carácter consumible de los alimentos. Debemos estar de acuerdo en que, si el fallo de la resolución de la Sala "revoca" el pronunciamiento sobre la extinción de la pensión de

instancia, ello supone la anulación, sustitución y enmienda del fallo anterior. Este es el criterio de nuestro más Alto Tribunal, y así las sentencias que se citan. De este modo es posible reclamar, y así lo hemos hecho en nuestra demanda, el exceso abonado o bien, como mantiene la doctrina, compensarlo con lo que deba abonar en el futuro en caso de que se hubiese tratado de una reducción. Esto no es más que una consecuencia que se desprende de la aplicación del [artículo 533 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), tras proclamar el artículo 774.5 del mismo texto legal la eficacia de las medidas dictadas en primera instancia aun cuando hayan sido apeladas, lo cual es aplicable a este supuesto, aunque formalmente no se hubiere procedido por la demandada a la ejecución provisional de la sentencia, y ello al no haberle sido necesario por los pagos realizados periódicamente por el Sr. Juan Francisco. Por lo que concierne a la pensión del [artículo 97 del CC \(LA LEY 1/1889\)](#) y a tenor de su propia configuración legal, no tiene carácter alimenticio, sino reparador del desequilibrio económico que uno de los cónyuges pueda sufrir a raíz de la separación o el divorcio, por lo que, negado tal derecho en el trámite de apelación, no puede ser aplicada la antedicha doctrina jurisprudencial, habiendo de devolverse las cantidades que, durante la sustanciación del recurso, hayan podido satisfacerse. Así, ya de modo significativo, el [artículo 774.4 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) no hace mención expresa a dicha medida (compensatoria), por lo que desde diversos sectores doctrinales y judiciales se sostiene que el apartado nº 5 de dicho precepto no resulta de aplicación a dicha figura legal que, en orden a su ejecución en tanto se resuelven los recursos entablados contra la sentencias de instancia, ha de acomodarse a lo prevenido en los artículos 524 y siguientes, habida cuenta de lo expresamente contemplado en el artículo 525.1ª, a cuyo tenor son susceptibles de ejecución provisional, contra la regla general contenida en el primer inciso de dicho precepto, los pronunciamientos que, recaídos en los procedimientos matrimoniales, regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del pleito. Ello nos lleva al [artículo 533 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), conforme al cual, si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que en su caso hubiere percibido, reintegrándose al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho, con resarcimiento de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiera ocasionado. En este mismo sentido las diversas sentencias que se citan. Centrándonos en los requisitos jurisprudenciales y en contra de lo fundamentado por el juzgador, ha quedado acreditado con las pruebas obrantes en autos la concurrencia de los tres requisitos en esta reclamación y por tanto el derecho del Sr. Juan Francisco al ejercicio de la acción de repetición contra la Sra. Rita por las cantidades cobradas indebidamente desde el dictado de la sentencia de primera

instancia en fecha 21 de abril de 2014. Así, se ha producido un pago efectivo con la intención de extinguir la deuda (*animus solvendi*) o, en general, de cumplir un deber jurídico. En cuanto a la inexistencia de la obligación entre el que paga y el que recibe, falta la causa en el pago pues ha quedado acreditado con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, que revoca la anterior, la falta de relación de obligaciones entre solvens y accipiens, al haberse quedado extinguida la relación obligatoria con la resolución de la Sala revocadora del derecho que le otorgaba la sentencia dictada en primera Instancia. Y concurre error por parte del que hizo el pago pues ha quedado acreditado que el Sr. Juan Francisco abonó las cantidades por "error de derecho", tal y como es exigible en el [artículo 1895 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#), ya que el error que se contempla en la citada norma no distingue entre el error de hecho o de derecho. En este caso, el Sr. Juan Francisco pagó voluntariamente en la creencia de estar obligado al cumplimiento de la sentencia, a la espera de la resolución definitiva. En este caso es de enorme trascendencia el hecho cierto de que la causa de extinción existía ya en el momento de la sentencia de instancia, por lo que, de mantenerse el fallo de la resolución que se recurre, es una obviedad que esta señora, a pesar de no tener derecho a ello al haber desaparecido el desequilibrio, cobró unas cantidades que no debía. No está intentando esta defensa que la sentencia de instancia tenga carácter retroactivo y se le devuelvan al demandante las pensiones desde la interposición de la demanda. Lo que estamos pretendiendo es algo mucho más obvio: que se le reintegren unas cantidades que esta señora ha cobrado desde la sentencia cuyo fallo ha sido sustituido por el de la Sala. Y es que, si es motivo de extinción de la compensatoria a tenor del artículo 101 es el cese de la causa que la motivo (cuál es la desaparición de la situación de desequilibrio) y esta circunstancia ya existía en el momento de dictarse la sentencia de instancia (aunque en su momento el juzgador no lo estimó así), no tiene refrendo alguno pretender que la demandada cobre unas cantidades que no le correspondían. En este sentido resulta de aplicación el [artículo 7º del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) y el [artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial \(LA LEY 1694/1985\)](#), al pretenderse mantener una situación de abuso y mala fe, ya que, a pesar de que concurrían indiscutiblemente causas objetivas de extinción de la pensión, pretende la parte beneficiaria su mantenimiento durante un periodo transitorio hasta el dictado de la sentencia del recurso que revoca la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Considerando que por la representación procesal de la parte apelada se pidió la íntegra confirmación de la sentencia recurrida por sus propios fundamentos de derecho, con desestimación del recurso y con expresa imposición de costas, añadiendo, tras cita de antecedentes, que la sentencia recurrida, acertadamente, considera que no concurren los

requisitos que para que prospere la acción de cobro de lo indebido viene exigiendo la doctrina jurisprudencial. Así, no concurre el requisito del error del solvens. Evidentemente ningún error se puede apreciar en la conducta del demandante Sr. Juan Francisco que procede al abono de la pensión compensatoria que ahora reclama en cumplimiento de lo decretado por la inicial sentencia de divorcio de fecha 24 de noviembre de 2008 cuyo pronunciamiento en cuanto a la persistencia de la pensión compensatoria se mantiene inalterado por la resolución dictada en la primera instancia en el procedimiento de Modificación de Medidas. Tampoco concurre la inexistencia de vínculo obligatorio alguno entre solvens y accipiens, y ello porque el pago trae causa de obligación impuesta al actor por la sentencia de divorcio y que permanece inalterada en la posterior sentencia dictada en primera instancia en el procedimiento de modificación de medidas. Se solicita la íntegra desestimación del recurso, en primer lugar, porque la apelante considera que se ha producido un "error en la valoración de la prueba e infringiendo los artículos 1895 y 1896 del Código Civil". Y es preciso señalar que ningún error en el punto de partida de su fundamentación comete el juzgador de instancia, sino que donde en realidad se produce el error en el punto de partida es precisamente en el planteamiento del actor, ahora apelante, siendo buena prueba de ello las sentencias que aduce como justificación de la procedencia de su acción, y que se ocupan de un supuesto radicalmente diferente al que aquí nos ocupa. Efectivamente, el recurrente efectúa su planteamiento como si la pensión compensatoria ahora extinguida hubiese sido establecida en el mismo proceso en el que se dicta la sentencia de apelación que acuerda su extinción, y de ahí las sentencias que parcialmente transcribe en defensa de su argumentario. Sin embargo, tal y como expone claramente la sentencia recurrida, no son estos los hechos de partida, ya que muy al contrario de lo que se pretende por el apelante no nos encontramos ante un único proceso judicial en el que se dicta sentencia en dos instancias distintas: sino ante dos procesos judiciales diferentes, por un lado, los autos de divorcio, en los que se aprueba el convenio regulador que recoge y que es el origen de la pensión compensatoria; y por otro lado, los autos de modificación de medidas, en los que se acuerda la extinción de la pensión compensatoria fijada en aquellos otros Autos. Por tanto, nos encontramos ante dos procesos judiciales diferentes, aunque se hayan seguido ante el mismo Juzgado de Familia por aplicación de las normas de reparto, en concreto, el Juzgado de primera instancia nº 6 de Málaga. Y ello porque no podemos olvidar que, en el caso de autos, la medida extinguida por la sentencia de apelación no fue establecida por la sentencia de primera instancia que aquella revoca, de ahí que no quepa hablar en ningún caso de ejecución provisional de la medida acordada por la sentencia recurrida; sino por el contrario la medida extinguida por la sentencia de apelación fue establecida por una

sentencia dictada en un proceso diferente, y además firme desde ocho años antes. Una prueba más de este error de planteamiento del apelante la constituye la afirmación del recurrente refiriéndose una vez más a un solo proceso judicial, y olvidándose que en el caso de autos nos encontramos no ante las dos instancias de un mismo proceso judicial, sino ante dos procesos judiciales diferentes. Por tanto es preciso reiterar que nos encontramos ante supuestos de hecho diferentes de los traídos a colación por el recurrente, y con ello que igualmente debamos hablar de consecuencias jurídicas distintas, y entre otras, de la inaplicación del [art. 533 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#) aducido de contrario, y que se encuentra dentro de la Sección dedicada a "La revocación o confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada"; o del [art. 774.5 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), también invocado por el recurrente, y que se refiere a los efectos de los recursos que se interpongan contra la sentencia de instancia que acuerda las medidas definitivas dentro de un mismo proceso de familia; pero no cuando se trata de procesos judiciales diferentes como acontece en este caso. A mayor abundamiento señalar que seguir el planteamiento pretendido de contrario sería tanto como atribuir, aun cuando se disfrace a través de un proceso judicial posterior, efectos retroactivos a una acción de modificación de medidas que no los tiene, siendo buena prueba de ello que en el escrito de demanda de aquel proceso de modificación de medidas el actor tampoco los pidió, evidentemente ante el conocido carácter esencialmente constitutivo de la sentencia firme que modifica una medida definitiva y firme adoptada en otro procedimiento judicial diferente y previo. Sin perjuicio de considerar que los fundamentos de derecho expuestos resultan suficientes para desestimar el recurso interpuesto de contrario, y entrando en el estudio de la procedencia de la acción ejercitada, que es la acción de cobro de lo indebido, baste concluir que, tal y como señala la sentencia recurrida, "no concurren los requisitos que para que prospere la acción de cobro de lo indebido viene exigiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada. Para que pueda prosperar la acción de repetición de lo indebido, la jurisprudencia exige la concurrencia de tres requisitos: que se haya producido un pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda ("animus solvendi"); la inexistencia de un vínculo obligatorio entre el que recibe y el que paga, por lo que no existe causa para el pago; y el error por parte del que pagó. Pues bien, en primer lugar, en el presente caso no concurre la inexistencia de vínculo obligatorio entre el que paga y el que recibe, ya que el pago realizado por el actor se efectúa en cumplimiento de una obligación firme y vigente en el momento del pago, en este caso, de la obligación de pago de una pensión compensatoria establecida por resolución judicial firme - sentencia de divorcio del Juzgado de primera instancia nº 6 de Málaga el 24 de noviembre de 2008, que aprueba el convenio regulador, y cuya eficacia y vigencia persiste hasta tanto la citada

obligación no se extingue, lo cual en el caso de autos no tiene lugar hasta la notificación el 10 de octubre de 2016 de la sentencia de apelación que acuerda la extinción de la misma al señalar en su fallo que "declara extinguida la pensión compensatoria fijada a cargo del recurrente y a favor de la Sra. Rita", y no como erróneamente se pretende de contrario en la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia del proceso de modificación de medidas en el año 2014. En este sentido es preciso recordar que la doctrina general admitida por nuestra jurisprudencia es 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', esto es, sin retroacción, y tal y como por el contrario ahora pretende el actor. Por otro lado, en este caso además es preciso recordar que la causa que, de conformidad con la sentencia de apelación de 15 de julio de 2016, fundamenta la extinción de la pensión compensatoria no constituye en modo alguno una causa evidente e indiscutible, como pudiere ser "contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona" - [art 101 del CC \(LA LEY 1/1889\)](#) -, sino que la misma ha precisado de la consiguiente valoración e interpretación tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, lo que le hizo ser merecedora de la existencia de dos sentencias de diferente sentido por una parte la del Juzgado de primera instancia desestimatoria de la concurrencia de la causa extintiva expuesta, y por otra parte la de la Sala de apelación. En segundo lugar, tampoco concurre, ni se acredita, el error de derecho del que paga. De hecho, pese a corresponder al actor la carga de la prueba, puesto que el error no se presume, sino que hay que probarlo por aquella parte que lo aduce, ni siquiera se habla en el escrito de demanda de la existencia del error que exige la jurisprudencia, y que ahora se trata de suplir en apelación a la vista de la sentencia dictada. A estos efectos es preciso añadir, por un lado, que la recurrida al cobrar y consumir la cantidad abonada por el actor ha actuado en todo momento con buena fe y en el ejercicio legítimo de un derecho reconocido por una resolución judicial firme y vigente hasta la fecha en la que tiene conocimiento por su notificación de la sentencia que declara su extinción, y en la que deja de percibirla; de ahí que ningún error, ni abuso, ni mala fe puede decirse que haya en el que recibe. Y por otro lado, que en cualquier caso la situación de hecho de acceso al empleo de la recurrida, Sra. Rita, en la empresa familiar era una situación de hecho conocida por el actor, tal y como se señaló en el escrito de demanda, y no negada de contrario en el acto de la vista, lo que aleja aún más la idea de la existencia de un error en el que paga, y que en definitiva consiente esa situación hasta que se declara su extinción por sentencia judicial. En definitiva, a la vista de lo expuesto cabe concluir que no encontrándonos ni ante un pago indebido por parte del actor, ahora apelante, ni ante un cobro indebido por parte de la

demandada, ahora recurrida, por lo que el recurso de apelación al que aquí nos oponemos merece ser desestimado. Por lo demás señalar que, aparte de lo expuesto anteriormente en relación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que el actor apelante transcribe en su escrito de demanda, y que lejos de dar cobertura a su pretensión, lo que hace precisamente es poner de manifiesto la improcedencia de la misma. Se refirió por último la apelada a las costas de la apelación con cita del [artículo 398 de la LEC. \(LA LEY 58/2000\)](#)

TERCERO.- Considerando que, como indica el Juez "a quo", se ejercita por la parte actora una acción de carácter personal, con fundamento en el [artículo 1895 \(LA LEY 1/1889\)](#) y en el [1896 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#), en reclamación de 17.400 euros, importe de las cantidades correspondientes a la pensión compensatoria abonada por el actor a la demandada en virtud de la sentencia de 21 de abril de 2014 dictada en el proceso de modificación de Medidas nº 44/2014 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Málaga; resolución que fue revocada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en fecha 15 de julio de 2016 (LA LEY 176343/2016), notificada el 10 de octubre del mismo año en lo concerniente al mantenimiento de la pensión compensatoria, extinguiendo la misma. Añade el Juez que la acción ejercitada contra la Sra. Rita, la parte demandante la fundamenta en la figura del cobro de lo indebido que está regulada como un cuasicontrato en los [artículos 1895 \(LA LEY 1/1889\)](#) y [1896 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#). La parte demandada se opone a la pretensión actora alegando que no concurren los requisitos del cobro de lo indebido invocado por el Sr. Juan Francisco. A la vista de las alegaciones vertidas en la demanda y en la contestación entiende el juzgador que no concurren los hechos constitutivos de la pretensión actora, en particular, los requisitos que para que prospere la acción de cobro de lo indebido que la parte actora esgrime como fundamentación fáctica de su pretensión viene exigiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada. Así, no concurre el requisito del error del "solvens", hasta el punto de que ni siquiera se hace referencia en el escrito de demanda a ese error ni, por supuesto, a en qué consistió. Evidentemente, ningún error se puede apreciar en la conducta del demandante Sr. Juan Francisco que procede al abono de la pensión compensatoria que ahora reclama en cumplimiento de lo decretado por la inicial sentencia de divorcio de 24 de noviembre de 2008 cuyo pronunciamiento en cuanto a la persistencia de la pensión compensatoria se mantiene inalterado por la resolución dictada en la primera instancia en el procedimiento de Modificación de Medidas. La ausencia del requisito del error conlleva la imposibilidad de apreciar la acción de cobro de lo indebido ejercitada en la demanda sin necesidad de entrar en el análisis de la concurrencia de los otros dos requisitos. Tan solo procede hacer mención a la falta de concurrencia del

segundo de los requisitos, esto es, la inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, o lo que es lo mismo, inexistencia de vínculo obligatorio alguno entre "solvens" y "accipiens", y ello porque el pago trae causa de la obligación impuesta al Sr. Juan Francisco por la sentencia de divorcio y que permanece inalterada en la posterior sentencia dictada en primera instancia, en el procedimiento de modificación de medidas que mantiene la vigencia de pensión compensatoria. En cualquier caso, cabe hacer referencia - señala el Juez - a lo que, en relación con la eficacia retroactiva de las resoluciones, determina la sentencia del TS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 18 de noviembre de 2014 que cita el juzgador. Por todo ello desestima íntegramente la demanda y absuelve a la demandada de todos los pedimentos contenidos en la misma. En relación con las costas, dada la íntegra desestimación de la demanda, las impone el Juez a la parte actora, en virtud del principio del vencimiento objetivo consagrado en el [artículo 394.1 de la LEC. \(LA LEY 58/2000\)](#) En definitiva, desestima la demanda y absuelve a la demandada de todos los pedimentos contenidos en aquélla. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Considerando que aparece acreditado en autos, tras el examen en su conjunto de la prueba aportada, que el 19 de septiembre de 1987 Doña Rita y Don Juan Francisco, contrajeron matrimonio canónico en Málaga, que fue inscrito en el Registro Civil de esta capital. Consta igualmente que de esa unión conyugal nacieron y viven dos hijos: Enma y Eufrasia. También que el 14 de septiembre de 2008 se produjo de común acuerdo el cese efectivo de la convivencia de los cónyuges, procediendo el Sr. Juan Francisco a abandonar en esa fecha el domicilio familiar sito en C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Málaga. Un mes después, el 14 de octubre de 2008 se firmó por los cónyuges la propuesta del convenio regulador de los efectos de la disolución de su matrimonio por divorcio para su tramitación por los cauces del proceso iniciado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, que establece el [artículo 777 de la LEC. \(LA LEY 58/2000\)](#) Y el día siguiente, 15 de octubre de 2008, *se presentó demanda de divorcio por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Habiéndose dictado por el Juzgado de primera instancia nº Seis de Málaga sentencia firme de divorcio el 24 de noviembre de 2008, en la que se aprobó el referido convenio regulador, y entre cuyas medidas se establece una pensión compensatoria a favor de la Sra. Rita por importe de 600 euros al mes. Posteriormente, en el año 2014, el Sr. Juan Francisco interpuso demanda en procedimiento de modificación de medidas que dio lugar a que el mismo Juzgado de primera instancia nº Seis de Málaga desestimara la pretendida extinción de todas las pensiones recogidas en el convenio regulador, es decir, las pensiones alimenticias de las dos hijas y la pensión compensatoria de la demandada.* Fue en la sentencia de fecha 21

de abril de 2014 que el Juzgado de primera instancia (de Familia) rechazó la pretensión del Sr. Juan Francisco respecto a la compensatoria al considerar que "el acceso al empleo de la esposa no era el motivo, al menos principal, para establecimiento de dicha pensión", señalando expresamente que en el convenio regulador "las partes reconocían que la causa de establecer dicha pensión económica no era tanto la falta de empleo y de fuente de ingresos, así como de medios para tenerlos por la Sra. Rita, sino el deseo de mantener para las hijas a través de dicha pensión un determinado nivel de vida". *Presentado recurso por el demandante es en 15 de junio de 2016 que la Audiencia provincial de Málaga, Sección 6ª, dicta sentencia que, revocando parcialmente la sentencia de instancia, "declara extinguida la pensión compensatoria fijada a cargo del recurrente y a favor de la Sra. Rita", al considerar que, aun cuando la citada causa de extinción no estaba contemplada expresamente en el convenio regulador pactado entre las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, al tratarse la alteración sustancial de las circunstancias de una causa de extinción prevista legalmente también resultaba de aplicación. Ya en el año 2017 el Sr. Juan Francisco presenta la demanda que ha dado lugar a este proceso en el que se dicta la sentencia ahora recurrida en apelación y en el que pretende que se ha producido un cobro indebido del importe de la pensión compensatoria en el período de tiempo que transcurre entre la sentencia de primera instancia - 21 de abril de 2014 - y la notificación de la sentencia de apelación que extingue la pensión alimenticia el 10 de octubre de 2016. Es en fecha 21 de diciembre de 2018 que se dicta la sentencia que desestima íntegramente la demanda interpuesta por el Sr. Juan Francisco y que es objeto del presente recurso de apelación. Con tales antecedentes es de ver, como atinadamente resuelve el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona - Sección 18ª - de fecha 5 de noviembre de 2020 que, declarada por esta Audiencia Provincial la extinción de la pensión compensatoria en su día decretada al aprobar el Juzgado el convenio propuesto por los litigantes, y fijar como causa de su extinción la alteración sustancial de las circunstancias, en este caso concreto "el acceso al empleo de la esposa" que, si bien no estaba señalado en el convenio como motivo de la pensión el desempleo inicial, el hecho de encontrarlo es causa de extinción que resulta de aplicación. Al dejar la Sala sin efecto el pronunciamiento en la apelación del proceso o incidente de modificación de medidas, el 15 de junio de 2016 por estimar como causa de la extinción de la pensión compensatoria el hecho de encontrar empleo la beneficiaria, y habiendo sido rechazado tal argumento por la sentencia de primera instancia, es evidente que tal razonamiento debe retrotraerse al momento de la primera sentencia - no antes - la de primera instancia dictada el 21 de abril de 2014, pues debe entenderse que el Juez "a quo" valoró mal la prueba y por ello tuvo que ser corregido por el Tribunal superior. No cabe*

argumentar ahora, como hace el jugador en la sentencia que ahora se revisa, que la ausencia del requisito del error conlleva la imposibilidad de apreciar la acción de cobro de lo indebido ejercitada en la demanda, ni que la sentencia de la Sala que dejó sin efecto la pensión de alimentos fijada - mejor, mantenida en la resolución de modificación - en la instancia no incluye mención de ningún efecto retroactivo. Y es que, conforme a lo que dispone la ya clásica sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 1987 y dado el tenor del [artículo 533.2 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), en sede de ejecución, la cantidad es reintegrable, aunque la sentencia de la Audiencia no incluya pronunciamiento de devolución de lo pagado supuestamente de forma indebida. Por ello *la cuestión que ahora se plantea se debe afrontar desde un punto de vista procesal, centrado en los efectos de la revisión en apelación de un determinado fallo. Se debe destacar que estamos ante una pensión compensatoria en algún momento vigente que luego se modifica o se extingue por la Sala por causa sobrevenida pero ya existente al tiempo de la sentencia de primera instancia, es decir, ante un proceso revisor en virtud de recurso de apelación que dejó sin efecto una pensión compensatoria que al tiempo de ser examinada por el Juez conecedor de la petición de modificación de la medida ya no era procedente.* Por ello no es aplicable la doctrina sobre los efectos "ex nunc" sobre la consideración "por tramos", de modo que una modificación reductora o extintiva solo tenga efectos desde la fecha de la nueva resolución que la establece. No es este el caso que nos ocupa. Tampoco es aplicable la doctrina referida a la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital, que, por vía de proceso matrimonial o de cobro de lo indebido, fija como fecha de los efectos de la extinción la de presentación de la demanda instando la extinción. En este caso, *la Sala - Sección Sexta de esta Audiencia Provincial - revisó con absoluta competencia y plena jurisdicción los hechos y llegó a la conclusión de que no procedía pensión compensatoria desde la obtención por la beneficiaria de un empleo; y, en estos casos, revocada la sentencia de instancia que fija, o mantiene, la pensión compensatoria, dicha sentencia de instancia no tiene efecto alguno. No se trató de una función revisora de la apelación que tuviera por efecto una reducción o un aumento de cuantía, sino de una declaración de absoluta inexistencia del derecho a partir de la obtención de empleo. No se puede decir que la pensión se haya "consumido", en el sentido de las pensiones de alimentos, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se pueda valorar la forma de llevar a cabo la devolución de lo pagado de forma indebida.* La sentencia de divorcio estableció un derecho con efecto constitutivo temporal o condicional (en tanto no fuera revocada o modificada). *El artículo 774.5 de la LEC (LA LEY 58/2000), en cuanto hace inmediatamente ejecutivas las medidas definitivas establecidas en la sentencia apelada, debe interpretarse en el sentido de que, recogida como medida*

definitiva la fijación de la prestación compensatoria, desde la fecha de dicha resolución el condenado estaba obligado a su abono. Pero la de la Sala, al dejar sin efecto la condena, en virtud del efecto revisor del recurso, produce efectos similares a los del artículo 533.1 de la LEC (LA LEY 58/2000), con lo que la beneficiaria debe devolver la cantidad que hubiera percibido. Y es que no es razonable hacer de peor condición a quien, inmediatamente ejecutiva la medida, paga voluntariamente haciéndole perder la posibilidad del reintegro en el propio proceso, de modo que se fomentaría el incumplimiento de las resoluciones judiciales si el moroso apostase por esperar a que una eventual sentencia de apelación le diera la razón. Por todo lo expuesto debe revocarse la sentencia, acogiendo la demanda y condenando a la demandada a abonar la cantidad de 17.400 euros, suma de las mensualidades de la pensión desde que se ratifica en la sentencia de instancia de fecha 21 de abril de 2014, hasta que se declara extinguida por la sentencia de apelación de fecha 15 de junio de 2016. Todo ello con sus intereses legales desde la interposición de la demanda que origina este proceso ordinario hasta su completo pago. Pues como bien dice el apelante, no se trata de que la sentencia de instancia en la revisión de la medida consistente en la pensión compensatoria tenga carácter retroactivo y se le devuelvan al demandante las pensiones desde la interposición de la demanda, sino de que se reintegren unas cantidades que la demandada ha cobrado desde la sentencia cuyo fallo ha sido sustituido por el de la Sala. Al estimarse la demanda debe aplicarse en materia de costas el artículo 394.1 de la LEC (LA LEY 58/2000) que establece, consagrando el criterio objetivo del vencimiento, que "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho", lo que no ocurre en el caso ahora enjuiciado.

QUINTO.- Considerando que, al prosperar el recurso y ser de aplicación a esta alzada en materia de costas el artículo 398 de la Ley Procesal, no debe hacerse especial atribución de las causadas con la apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS.

Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Juan Francisco contra la sentencia dictada en fecha veintiuno de noviembre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de Málaga en sus autos civiles 1581/2017, debemos revocar y revocamos dicha resolución absoluta que se deja sin efecto, y condenamos a la demandada, Sra. Rita, a abonar al demandante, ahora

recurrente, la cantidad de 17.400 euros, que es la suma de las mensualidades de la pensión compensatoria desde que se ratifica en la sentencia de primera instancia que resuelve sobre la modificación de medidas complementarias de divorcio, en fecha 21 de abril de 2014, hasta que se declara extinguida, al no ser procedente, por la sentencia de apelación de fecha 15 de junio de 2016. Todo ello con sus intereses legales desde la interposición de la demanda que origina este proceso ordinario hasta su completo pago. La estimación de la demanda implica también la condena de la demandada, por haber visto rechazadas todas sus pretensiones, al abono de las costas causadas en la primera instancia, mientras que no hacemos especial atribución de las de la apelación, al haber prosperado el recurso.

Notifíquese esta resolución en legal forma haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales, con testimonio de ella, al Juzgado de su procedencia a sus efectos.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública. Doy fe.