



Roj: **STS 1252/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1252**

Id Cendoj: **28079110012019100218**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **3212/2018**

Nº de Resolución: **223/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 890/2018,**
STS 1252/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 223/2019

Fecha de sentencia: 10/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3212/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3212/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 223/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. **Eduardo Baena Ruiz**

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 10 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha de 12 de abril de 2018, por la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 457/2017, dimanante del juicio sobre modificación de medidas n.º 1327/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 3 de Murcia.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador de los tribunales don José Riquelme Marín, en representación de doña Virginia .

No se ha personado la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora de los tribunales doña Inmaculada de Alba Vega, en nombre y representación de don Eulogio , formuló demanda de modificación de medidas definitivas, sobre la sentencia de divorcio n.º 995/2000, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Murcia , contra doña Virginia . El suplico de la demanda dice:

"1.- Que se deje sin efecto la obligación de don Eulogio de abonar a doña Virginia una pensión de alimentos que contribuye a los alimentos de los hijos comunes de 360 euros actuales tras las sucesivas actualizaciones, que se abona por anticipado dentro de los primeros cinco días de cada mes y que es actualizada todos los años aplicando el IPC elaborado por el INE o índice que lo sustituya a la cifra en cada momento en vigor.

"2.- La eliminación del embargo judicial de manera inmediata que tiene el padre de los hijos por la pensión de alimentos de 360 euros mensuales."

2.- Por decreto de 5 de octubre de 2016 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los tribunales don José Riquelme Marín, en nombre y representación de doña Virginia , contestó a la demanda de modificación de medidas y suplicó al Juzgado:

"[...] se declare la vigencia y obligatoriedad de la pensión por alimentos a percibir por los dos hijos del actor, en la forma en que venía obligado hasta ahora y en la cuantía actualizada conforme IPC indicada en el cuerpo de este escrito, todo ello por ser de Justicia que pido."

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Murcia dictó sentencia el 20 de marzo de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar íntegramente la demanda presentada por don Eulogio contra doña Virginia y modificó las medidas definitivas entre las partes en el sentido de que declarar extinguidas las pensiones de alimentos establecidas a favor de sus hijos, con efectos desde el 6 de junio de 2011 respecto de la de Hernan y desde el 3 de mayo de 2014 respecto de Indalecio ."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Virginia , correspondiendo su resolución a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia que dictó sentencia el 12 de abril de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Virginia , representada por el procurador Sr. Riquelme Marín, contra la sentencia de 20 de marzo de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de familia de Murcia, en autos de Juicio Verbal sobre Modificación de Medidas, seguidos con el n.º 1327/2015 y de los que dimana este rollo, -n.º 457/2017-, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el extremo relativo a los efectos de la extinción de la pensión alimenticia de los hijos, que será la de presentación de la demanda (20 de julio de 2015). Y en el pronunciamiento sobre costas, que se deja sin efecto."

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Virginia , con base en un motivo único, al amparo del artículo 477.3 LEC . impugnación de la sentencia dictada por la audiencia provincial, en proceso de familia de cuantía inferior a 600.000 €, con interés casacional por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

2.- La sala dictó auto el 21 de noviembre de 2018 con la siguiente parte dispositiva:



"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Virginia contra la sentencia dictada con fecha de 12 de abril de 2018, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 457/2017, dimanante del juicio sobre modificación de medidas n.º 1327/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 3 de Murcia.

"2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría."

3.- Dado traslado a las partes, no se ha personado ante esta sala la parte recurrida.

4.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 26 de marzo de 2019 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- El aquí recurrido presentó demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando la extinción de la pensión de alimentos que debía abonar a sus dos hijos, al estar ambos trabajando en las fuerzas armadas y ser independientes económicamente, solicitando la extinción con efectos retroactivos al momento en que se produjo su independencia económica, alegando abuso de derecho y enriquecimiento injusto. A ello se opuso la demandada, alegando que ambos vivían con ella -la madre- y su trabajo carecía de vocación de permanencia y sin vida independiente, siguiendo ambos su educación.

2.- Mediante sentencia se declaró extinguidas ambas pensiones de alimentos, retrotrayendo los efectos desde el 6 de junio de 2011, respecto de Eulogio, y desde 3 de mayo de 2014, respecto de Indalecio. Y ello al considerar acreditada la inserción laboral de ambos por los informes de vida laboral que constan en autos; consta que ambos se han incorporado a las fuerzas armadas y cobran remuneración. Respecto de la retroacción de la extinción a las fechas indicadas, considera el juzgador que es una postura minoritaria en la jurisprudencia la que apoya dicha tesis, cuando la causa de extinción es objetiva, como es el caso.

Matiza que así sería, a título de ejemplo, si el hijo es contratado de forma indefinida por una empresa o adquiere la condición de funcionario público, o la ex esposa contrae matrimonio o ha accedido a un empleo público.

En cambio no será de aplicación cuando exista una duda razonable en cuanto a si el hecho tiene o no entidad para modificar las medias.

En este orden de ideas, y respecto del hijo Hernan, que es el relevante para el recurso, se afirma que "se ha incorporado dos veces al ejército, la primera abandonó a los cuatro meses y la segunda ocasión no renovó voluntariamente, pasando a cobrar la prestación de desempleo, viviendo en una residencia militar, aunque ahora quiere prepararse las oposiciones a policía nacional."

3.- La madre recurre la sentencia en apelación. Son dos extremos los que recurre: i) la extinción de la pensión del hijo Hernan, solicitando se mantenga durante dos años más, ii) y que no se declare la retroacción de los efectos de la extinción.

4.- La audiencia estima parcialmente el recurso; de un lado mantiene la extinción de la pensión, pero de otro deja sin efectos la retroacción de sus efectos fijados en la sentencia apelada, y los sitúa al momento de presentación de la demanda. Argumenta lo siguiente: "[...] En efecto, el artículo 148 CC, dispone que los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Por ello, al no haber habido ocultación por parte de D.ª Virginia y haberse presentado la demanda el Sr. Eulogio el día 30 de junio de 2015, debe atribuirse el efecto de la extinción de la pensión alimenticia a esta fecha respecto de ambos hijos".

5.- La representación procesal de la parte demandada y apelante interpone recurso de casación contra la anterior sentencia, por interés casacional, articula en un motivo único:

Al amparo del artículo 477.3 LEC, impugnación de la sentencia dictada por la audiencia provincial, en proceso de familia de cuantía inferior a 600.000 €, con interés casacional por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se consideran infringidos los arts. 106 y 148 CC y 774.5 LEC, en relación con la extensión de los efectos temporales retroactivos de la extinción de una pensión de alimentos.



La sentencia recurrida adopta un criterio dispar al sostenido en las sentencias del Tribunal Supremo, sala primera, de lo Civil, sentencia 3021/2017 de 20 de julio 2017, rec. 2540/2016 y sentencia 680/2014 de 18 de noviembre 2014, rec. 1695/2013 , entre otras muchas.

La infracción se produce cuando el órgano judicial considera por errónea aplicación del artículo 148 y obviando los artículos 106 CC y 774.5 LEC y Jurisprudencia relacionada, que la extinción de la pensión de alimentos debe retrotraer sus efectos a la fecha de interposición de demanda, cuando es consolidada la doctrina del Tribunal Supremo en relación a que los pronunciamientos relativos a modificación de medidas serán eficaces desde que se dicta la sentencia, momento en que sustituye a las dictadas anteriormente, no desplegando en absoluto efectos retroactivos.

La sentencia número 483/2017, de 20 de julio , que cita la recurrente en apoyo de su tesis, dispone, a los efectos de la extinción de la pensión de alimentos a favor de hijo mayor, lo siguiente:

"En primer lugar, es doctrina reiterada de esta sala que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" (sentencias 3 de octubre 2008 ; 26 de marzo 2014 ; 25 de octubre 2016).

"Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

"En segundo lugar, es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913 , que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897 , citadas en la de 24 de abril de 2015 y 29 de septiembre de 2016 , que los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- Para la mejor inteligencia de la presente resolución se han de tener en consideración dos datos:

(i) Que la legitimación de la recurrente para percibir los alimentos destinados a cubrir las necesidades de sus hijos mayores de edad, la tiene al amparo del art. 93.2 CC .

De ahí que el actor formule demanda contra ella, y no contra los hijos, para la modificación de la medida alimenticia, en orden a su extinción.

(ii) Que ambos hijos, según contra como hecho probado, adquirieron independencia económica, e incluso residencia independiente, en las fechas que fijan ambas sentencias de la instancia, que no entran a valorar posibles avatares posteriores, salvo para calificarlos de voluntarios.

De ahí, que se declara la extinción de las pensiones, pronunciamiento que ha devenido firme.

2.- A partir de tal dato fáctico resulta de sumo interés traer a colación la sentencia 156/2017, de 7 de marzo , para entender la legitimación de la recurrente para ser perceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad.

Afirma lo siguiente:

"La ley 11/1990, de 15 octubre, añadió el párrafo segundo del artículo 93 CC , incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio.

"En concreto, establece que "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código .".



"La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aún siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores.

" Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él.

"Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa.

"Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas de matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor convivente.

"El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa.

"El primer requisito no hacen más que reconocer el derecho de alimentos de los hijos mayores en virtud del artículo 143 CC , siendo ellos, pues, los necesitados.

"El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial.

"Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial, la legitimación para reclamarlos.

"Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor convivente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo.

"Así aparece en el artículo 295 del Code Francés, tras la reforma del 11 de junio de 1975, al disponer: "el padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su cónyuge que le haga una aportación a su manutención y su educación ".

"En el mismo sentido lo dispone el artículo 155 del Código Civil Italiano, y dentro de España el artículo 233-4 del Código Civil de Cataluña , al disponer que la autoridad judicial, "a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan", pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo cuenta lo establecido en el artículo 237-1.

"Preven, pues, una legitimación directa del progenitor convivente.

"A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia 411/2000, de 24 abril , ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto la parte recurrente como la recurrida.

"En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor convivente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente.

"Por tanto la sentencia 411/2000, de 24 de abril , seguida por la 432/2014, de 12 julio , ha supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración."

Más adelante añade que el hecho de que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamenta no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino "a la situación de convivencia en que se hayan respecto a uno de sus progenitores".

Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del art. 93.2 CC .

3.- También conviene traer a colación la sentencia 483/2017, de 20 de julio que cita la parte recurrente, y a cuyo contenido, recogido en la enunciación y desarrollo del motivo del recurso, remitimos.



4.- Apreciese que se afirma pensiones percibidas y se añade "por supuesto consumidas".

Y es que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos (SSTS 26 -marzo- 2014 ; 23 de junio de 2015 y 6 de octubre 2016) tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos.

De ahí, que las sentencias que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (sentencias 661/2015, de 2 de diciembre , y 483/2017, de 20 de julio) por seguir conviviendo con su progenitor.

También se ha de tener en cuenta que la sentencia número 483/2017, de 20 de julio , se refiere a restantes resoluciones que "modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja)", esto es, está pensando en unos alimentos que varían en su cuantía, pero no en su extinción por perder la perceptora legitimación para su cobro.

5.- Precisamente esto último es lo sucedido en el caso de autos, desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida.

La demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del art. 93.2 CC , por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia.

Desde que desaparecieron tales condicionantes, los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor eran los hijos, por ser mayores de edad.

6.- Aunque se trataba de un supuesto de pensión compensatoria, y no de pensión alimenticia, la sala en la sentencia 453/2018, de 18 de julio , negó el efecto de su extinción a la fecha de la sentencia, ya que la perceptora había ocultado al obligado la concurrencia de una causa objetiva de extinción de la pensión, cual es la convivencia marital con otra persona.

7.- En el caso enjuiciado, con respeto a la sentencia recurrida, no podrá afirmarse que existió ocultación de la recurrente al recurrido sobre el cambio de circunstancias, pero sí existe empecinamiento, tras la formulación de la demanda, en querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido.

Recientemente se pronunciaba la sala en este sentido en la sentencia 147/2019, de 12 de marzo .

Por tanto, procede la desestimación del recurso de casación.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394. 1 y 398. 1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de doña Virginia , contra la sentencia dictada con fecha de 12 de abril de 2018, por la Audiencia Provincial de Murcia (sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 457/2017 , dimanante del juicio sobre modificación de medidas n.º 1327/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 3 de Murcia.

2.º - Confirmar la sentencia recurrida, cuya firmeza se declara.

3.º- Se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.