

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM: 234/2.021

SEÑORES DEL TRIBUNAL

ILUSTRISIMOS SRES.

PRESIDENTE:

DON JAVIER GARCÍA ENCINAR

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO DUEÑAS CAMPO

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En la ciudad de Ávila, a veintiuno del mes de octubre del año dos mil veintiuno.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de MODIFICACIÓN DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO registrados con el número 342/2019, seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 de ARENAS DE SAN PEDRO, RECURSO DE APELACIÓN Nº 221/2021, entre partes, de una como apelante D^a.

representada por la PROCURADORA D^a. PILAR SUSANA LLEBRÉS MÁS y dirigida por el LETRADO D. LUÍS FRANCISCO HERNÁNDEZ PÉREZ y de otra



IER GARCIA ENCINAR

Firmado por: MIGUEL ANGEL CALLEJO
SANCHEZ
21/10/2021 10:13
Minerva

Firmado por: ANTONIO NARCIS
DUENAS CAMPO
21/10/2021 12:15
Minerva

como apelado D. _____, representado por el procurador D. PLATÓN PÉREZ ALONSO y defendido por el letrado D. VICENTE RODRIGO DÍAZ.

Actúa como Ponente, el Iltmo. Sr. DON JAVIER GARCÍA ENCINAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de ARENAS DE SAN PEDRO se dictó sentencia de fecha veinticinco de marzo de dos mil veintiuno, cuya parte dispositiva dice: " Se estima la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Platón Perez Alonso, en nombre y representación de don _____, contra doña _____, y en consecuencia debo acordar la extinción de la pensión de alimentos fijada a favor de doña _____, todo ello sin hacer pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en el procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la mencionada resolución interpuso la parte demandada el presente recurso de apelación, que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en los artículos 458 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil; se elevaron los autos, correspondiendo a este tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni practicada prueba, quedó el procedimiento para deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de Dña. Magdalena García Martín se impugna la sentencia de instancia invocando vulneración del art. 91 Cc y del Art. 775.1 Lec, por cuanto no concurre modificación sustancial de circunstancias habida cuenta de que la sentencia de instancia señala expresamente que “en la TGSS se constata que Dña. (hija) está dada de alta en el régimen general de la entidad S.L. desde el 16 de mayo de 2.019, sin que conste fecha de baja”, siendo así que esta afirmación no se corresponde con la realidad, puesto que con fecha 15 de mayo de 2.020 causó baja por cumplimiento de contrato encontrándose actualmente en situación de desempleo, por lo que carece de ingresos propios suficientes que justifiquen la supresión de la pensión de alimentos que constituye la pretensión actorial y que fue favorablemente acogida por la sentencia de instancia.

La presente litis tiene por objeto la supresión de la pensión de alimentos acordada a cargo del actor y a favor de la, entonces, hija menor de edad de los litigantes en sentencia de 12 de noviembre de 2.012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arenas de San Pedro, en autos de Divorcio nº 363/2.011. La sentencia de instancia acoge favorablemente la pretensión actorial por considerar acreditado que la hija común, mayor de edad hoy en día, cuenta con ingresos propios, estables y suficientes y, además, reside de forma independiente de su madre.

SEGUNDO.- Desde el primer momento debe anunciarse que el recurso está destinado al fracaso.

Dejando a un lado la admisibilidad de los documentos que se aportan junto al escrito de recurso, cuestión en la que no se va a entrar por ser innecesario, así como la existencia o no de ingresos económicos por parte de la hija común de los litigantes, lo que es un hecho incontrovertido, tal y como y



como señala la sentencia de instancia, es que "Así, obra en las actuaciones que la madre, Dña. Magdalena, ha fijado su domicilio en la C/ , de la localidad de , domicilio en el que se llevó a cabo la citación a la vista, en tanto que Dña. tiene su domicilio en la localidad de , C/ , lo que permite tener por acreditada esa falta de convivencia que en modo alguno ha sido desvirtuada por la madre".

Partiendo de tal dato fáctico, ausencia de convivencia entre la destinataria de la pensión de alimentos mayor de edad y la progenitora materna a cuyo favor se acordó dicha pensión en la sentencia de divorcio cuya modificación se pretende, la cuestión litigiosa pasa a ser estrictamente jurídica.

A tal efecto es de traer a colación la STS de 12 de marzo de 2.019, citada en el escrito de oposición al recurso, conforme a la cual: "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.

"Prevén, 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”

Y siguen diciendo: “Sin embargo, en el caso sometido a la decisión de la sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Jesús Carlos goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Jesús Carlos, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del arts. 93. 2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia.

Desde que el hijo Jesús Carlos dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad”.

Y ello es lo que ocurre precisamente en el supuesto de autos, en el que la hija vive de forma separada e independiente de su madre por lo que ésta, desde el momento de permanente y estable ruptura convivencial dejó de estar legitimada para percibir o reclamar la pensión de alimentos destinada a su hija, por lo que el recurso debe ser desestimado sin necesidad de ulterior consideración.

TERCERO.- En materia de costas, dada la especial naturaleza del procedimiento y materia suscitados, de orden público, no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas en la alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. _____, contra la sentencia de 25 de marzo de 2.021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arenas de San Pedro, en los autos de Modificación de Medidas 342/2.019, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas ocasionadas en esta segunda instancia.

Contra esta sentencia caben los recursos previstos en la Lec.

Notifíquese la presente resolución a las partes y una vez firme, expídase su testimonio que será remitido con los autos originales al Juzgado de procedencia, a los efectos oportunos.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

