

MODIFICACION DE MEDIDAS.EXTINCIÓN PENSIÓN ALIMENTOS HIJO MAYORES DE EDAD. RETROACTIVIDAD NO DESDE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA SI NO DESDE QUE SE PRODUJO EL HECHO. ERROR DEL ABOGADO NO CUANTIFICACION DEL IMPORTE DE SU RECLAMACION. ERROR DEL ABOGADO EN EL SUPPLICO. COMO CUANTIFICAR LA CANTIDAD A DEVOLVER.

Se fija que la extinción sea desde una fecha determinada y no desde la interposicion de la demanda por esto

Por el contrario, **no procede la condena a la restitución de lo pagado por gastos extraordinarios desde la fecha de la demanda porque la parte,** con infracción del art. 219 LEC, **no ha cuantificado** la cantidad reclamada por tal concepto, ni ha establecido bases para su liquidación.

El matrimonio tiene 3 hijos.Lorenzo (31 años), Prudencio(29 años) y Roberto(28 años). En el acto del juicio Lorenzo y Prudencio reconocen que han vivido en parís y han tenido trabajos por los que les pagaban 2.300€ al mes.

- Lorenzo.Sigue viviendo en parís y ha declarado ingresos de 2.300€
- Prudencia.Vivia en parís y ha vuelto a Sevilla, para cursar un master de una materia ajena a su titulación lo cual es una decisión voluntaria.

DATOS

- 3.6.2019 sentencia divorcio
 - 16.9.2019 se extingue pensión de alimentos hijo lorenzo
 - 1.12.2020 se extingue pensión alimentos Prudencia
- 17.12.21 sentencia modificación medidas
- 24.1.22 auto de aclaración de sentencia

Sentencia 1 instancia.

- Lorenzo extinción
- Prudencia .reducción pensión
- Roberto.reducción pensión

Audiencia provincial

- Lorenzo extinción desde sep 20119
- Prudencio extinción desde diciembre 2020
- Roberto. Se mantiene la reducción

Sentencia Audiencia provincial de Valladolid de 29 de septiembre 2023. Número Sentencia: 374/2023 Número Recurso: 158/2022 Numroj: SAP VA 1895/2023 Ponente: FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000792 /2020

Jurisdicción: Civil

Ponente: [FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 29/09/2023

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 374/2023

Número Recurso: 158/2022

Numroj: SAP VA 1895/2023

Ecli: ES:APVA:2023:1895

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00374/2023

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MGR

N.I.G. 47186 42 1 2019 0000108

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000158 /2022

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000792 /2020

Recurrente: Hilario

Procurador: MARIA DEL CARMEN SANZ FERNANDEZ

Abogado: JOSE MARIA POLO SANDOVAL

Recurrido: Encarnacion

Procurador: MARIA LUZ LOSTE VERONA

Abogado: MAGDALENA CASTELLANOS ALONSO

SENTENCIA num. 374/2023

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. FRANCISCO SALINERO ROMAN

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

En VALLADOLID, a veintinueve de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso nº 792/2020 del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELADA-APELANTE: D^a Encarnacion , representada por la Procuradora D^a MARIA LUZ LOSTE VERONA defendida por la letrada D^a MAGDALENA CASTELLANOS ALONSO, y de otra como DEMANDADO-APELANTE-APELADA: D. Hilario , representada por la Procuradora D^a MARIA DEL CARMEN SANZ FERNANDEZ y defendido por el letrado D. JOSE MARIA POLO SANDOVAL ; sobre modificación de medidas.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 17-12-2021 , se dictó sentencia y con fecha 24-01-22 auto de aclaración cuyo fallo dice así: FALLO DE LA SENTENCIA:

"Estimar parcialmente la demanda formulada por D^{ÑA} Encarnacion frente a D. Hilario y acuerdo modificar las medidas adoptadas por Sentencia de fecha 3 de junio de 2019 dictada en el Procedimiento de Divorcio núm.12/2019 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Valladolid en el sentido de:

1º.- Declarar extinguida la pensión de alimentos fijada en la sentencia a favor del hijo mayor de los litigantes, **Lorenzo** , desde el momento de interposición de la demanda.

2º.-Reducir las pensiones de alimentos establecidas a favor de los hijos de los litigantes, Prudencio Y Roberto a cargo de la madre, D^{ÑA} Encarnacion quien

abonará en concepto de pensión de alimentos a su hijo Prudencio la suma de 150 euros mensuales y a su hijo Roberto la suma de 150 euros mensuales, cantidad que abonará en la cuenta que designen, dentro de los cinco primeros días de cada mes, suma que será actualizada anualmente conforme al IPC. Todo ello sin expresa imposición de costas".

PARTE DISPOSITIVA DEL AUTO DE ACLARACION DE FECHA 24-1-22: "SE ACUERDA: Estimar parcialmente la petición formulada por Doña María Luz Loste Verona, en nombre y representación de Doña Encarnacion de rectificar la Sentencia dictada el día 17/12/2021, en el sentido de modificar el Fundamento Primero para añadir que por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valladolid en el contenido de las medidas acordadas en el proceso de separación matrimonial de fecha 24 de octubre de 2011 se dictó Auto aclaratorio de la referida Sentencia de Separación, de fecha 3 de noviembre de 2011 en el que se recogía: ACUERDO: Estimar la petición formulada por la representación procesal de D. Hilario de aclarar el párrafo 5º del fallo de la Sentencia, en el sentido de que: Las clases particulares no se consideran gastos extraordinarios y que los gastos de esta naturaleza deben ser decididos de mutuo acuerdo entre ambos progenitores, sin perjuicio de la intervención de la Autoridad Judicial en su caso. Asimismo, se aclara el apartado 7º del fallo, en el sentido de que donde dice: "No procede pensión compensatoria", debe decir: "Que habiendo renunciado la esposa a la pensión compensatoria que tenía interesada, no procede acordar sobre la misma". Se mantiene el resto de los pronunciamientos."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación de la parte demandante y demandada se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria se presentó escrito de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de marzo de los corrientes, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO-JAVIER CARRANZA CANTERA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-OBJETO DEL RECURSO.

Por las respectivas representaciones procesales de Encarnacion y de Hilario se formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 17-12-2021, aclarada por auto de 24-1- 2022, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 792/2020 , que, estimando parcialmente la demanda,

extingue la pensión alimenticia fijada en su día en favor del hijo mayor Lorenzo , de 31 años,

y reduce la establecida en favor de sus hermanos Prudencio , de 29 años, y Roberto , de 28 años.

En síntesis, la representación de Encarnacion apela la sentencia por entender que, conforme al art. 152.3 C.C.y la Jurisprudencia que lo interpreta:

1. La sentencia debería haber extinguido la pensión de Lorenzo con efecto retroactivo al momento en que dicho hijo comenzó su vida económicamente independiente y que se fecha el 16-9-2019, y debería haber condenado al

demandado a la devolución de las pensiones indebidamente cobradas desde dicho momento.

2. La sentencia debería haber extinguido con el mismo efecto retroactivo las pensiones de los hijos Prudencio y Roberto ;
 - la del primero, porque vive de forma independiente desde diciembre de 2019
 - la del segundo, porque, pese a haber terminado sus estudios, no busca activamente empleo.

En síntesis, la representación procesal de Hilario apela la sentencia por entender que:

1. No debe extinguirse la pensión en **favor de Lorenzo** porque sigue necesitando ayuda económica para vivir en París dada la carestía de la vida en dicha ciudad.
2. No deben reducirse las pensiones **de Prudencio porque**: a. los ingresos de la madre, pese a su jubilación no sólo no se han reducido, sino que han aumentado con fondos de inversión; b. **Prudencio** sigue su etapa formativa en Sevilla y **Roberto** sigue viviendo en casa de su padre y ambos siguen dependiendo económicamente de los padres
3. En cualquier caso, no procede la extinción de las pensiones alimenticias con efecto retroactivo porque, según reiterada Jurisprudencia, dichas pensiones ya han sido consumidas en necesidades perentorias de la vida Las partes apeladas se oponen al recurso de apelación formulado de contrario e interesan la confirmación de la sentencia por sus propios fundamentos en los pronunciamientos no atacados en sus respectivos recursos de apelación.

SEGUNDO.- SOBRE LA EXTINCIÓN DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS EN FAVOR DE LOS HIJOS Lorenzo Y Prudencio .

Ambos hijos mayores de edad han reconocido en su declaración en el acto del juicio que

desde septiembre de 2019 el primero,

y desde julio de 2020 el segundo, han vivido en París con un trabajo que les reportaba

2.300/2.400 € netos/mes al primero, y al segundo 1.800 € en los primeros nueve meses y 2.200/2.300 €/mes en los últimos meses, hasta que dejó el trabajo en agosto de 2021.

A la vista de tal reconocimiento no cabe duda de que ambos hijos han cesado su convivencia con el padre y han vivido con independencia económica respecto de sus progenitores.

Respecto de Lorenzo , ya lo reconoce la sentencia de instancia y por eso declara la extinción de su pensión alimenticia. El argumento esgrimido por el padre no es atendible. El hecho de que París sea notoriamente y en general una ciudad cara para vivir no desvirtúa el hecho de que Lorenzo vive en dicha ciudad y ya no con su padre, y el hecho de que tiene ingresos pues cobra un buen sueldo con el que, con mayor o menor dificultad (ello dependerá del tren de vida que quiera llevar), puede afrontar su propia manutención.

En consecuencia, han desaparecido los presupuestos previstos en el art. 93, segundo párrafo C.C. que legitimaban al padre para cobrar de la madre pensión alimenticia para su hijo Lorenzo .

Sin embargo, la sentencia de instancia no hace lo **mismo con Prudencio** , aunque se encuentra en una situación análoga a la de su hermano Lorenzo . El hecho de que en agosto de 2021 haya decidido dejar de vivir y de trabajar en París y trasladarse a Sevilla para cursar un master en una materia ajena a su titulación no es más que una decisión voluntaria y suya que no obsta al hecho de que ha vivido y podría haber seguido haciéndolo con independencia personal y económica de los padres, por lo que tampoco en el caso de Prudencio concurren ya los requisitos del art. 93.2 C.C.

TERCERO.- SOBRE EL EXCEPCIONAL EFECTO RETROACTIVO DE LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.

Conforme a la doctrina general del Tribunal Supremo expresada en numerosas sentencias, entre ellas las que cita la defensa de Hilario en su escrito de apelación, **la extinción de la obligación de alimentos no tiene efectos retroactivos en cuanto que ya habrían sido consumidos para subvenir sus necesidades por los hijos beneficiarios al seguir conviviendo con su progenitor que directamente las percibe** (por todas, sentencias 661/2015, de 2 de diciembre, y 483/2017, de 20 de julio).

A ello se une, además, que, **conforme a la misma doctrina, y salvo aquellas que fijan por primera vez la pensión (cuyos efectos se retrotraen por expresa mandato de la Ley a la fecha de la demanda ex art. 148 C.C.), las sentencias que extinguen o modifican una pensión alimenticia previamente fijada solo producen sus efectos a partir de su dictado.**

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado esa doctrina general introduciendo una excepción precisamente cuando se trata de alimentos para los hijos mayores de edad debidos al progenitor conviviente en el supuesto del art. 93, segundo párrafo del C.C.

En estos casos, se reconoce una especial legitimación al progenitor conviviente para percibir, bien que para sus hijos, la correspondiente pensión alimenticia. Pero dicho derecho, **dicha excepcional legitimación exige, en todo caso, dos requisitos acumulativos:**

- la convivencia con los hijos (por más que ésta pueda ser mediata en caso de residencia por estudios o estancias temporales por motivos justificados fuera de la vivienda familiar)
- y
- la carencia de ingresos propios de los hijos.

Desde el mismo momento en que el hijo mayor

deja de convivir con el progenitor

o

desde que comienza a percibir unos ingresos propios que le permiten vivir de forma independiente,

cesa la legitimación del progenitor conviviente para percibir esa pensión, que ya solo podrá ser solicitada por los hijos si concurren los requisitos legales para ello.

En **consecuencia, resulta contrario a derecho que el progenitor conviviente** (por más que pueda haber entregado dichas pensiones a sus hijos) siga percibiendo pensiones alimenticias cuando ha perdido legitimación para ello, cuando sus hijos ya se han independizado personal y/o económicamente. El progenitor conviviente, en vez de seguir percibiendo dichas pensiones, debe comunicar tal hecho al progenitor alimentante si lo desconoce para que éste pueda dejar de pagarlas si es ese su deseo.

En suma, el cobro de dichas pensiones, obviando u ocultando la nueva situación de independencia de los hijos, es un cobro indebido, carente de justificación y constitutivo de un abuso de derecho prohibido por la Ley.

En análogo sentido al que aquí se defiende y recogiendo la excepción descrita a la regla general de irretroactividad, STS 147/2019, 223/2019 Y 1072/2023.

La parte actora en su demanda, en un suplico que, como veremos y en el mejor de los casos para la parte demandantes, **infringe al menos en parte lo dispuesto en el art. 219 LEC por cuanto no cuantifica el importe de su reclamación,** solicita que se le reintegren

- **los gastos extraordinarios** pagados desde la fecha de la demanda,
- **mientras que la pensión alimenticia** ordinaria la reclama desde la fecha en que los hijos se independizaron y percibieron ingresos.

El suplico del escrito de apelación también es incorrecto, pues se limita a pedir, de forma genérica, " que se revoque la sentencia de instancia en la parte que ha sido perjudicial a esta parte", lo que obliga a este Tribunal a integrar la petición de la apelación con la petición de la demanda y el fallo de la sentencia .

Superando en aras de la tutela judicial efectiva tales evidentes defectos de técnica procesal, y trasladando la doctrina jurisprudencial antes expuesta al caso de litis, **procede la extinción de la pensión alimenticia de Lorenzo y de Prudencio** , con efectos retroactivos desde septiembre de 2019 para el primero, y de diciembre de 2020 para el segundo.

Y, en consecuencia, en **contra de lo que sostiene la sentencia de instancia, nada impide la condena en este procedimiento del progenitor conviviente a devolver a la progenitora alimentante las cantidades percibidas en concepto de pensión de alimentos ordinarios** a partir de septiembre de 2019 y diciembre de 2020, respectivamente, **cantidades que, conocido el importe mensual de la pensión por estar fijado judicialmente, podrá determinarse mediante una simple operación aritmética** (argumento ex art. 219.1, in fine LEC).

Por el contrario, **no procede la condena a la restitución de lo pagado por gastos extraordinarios desde la fecha de la demanda porque la parte**, con infracción del art. 219 LEC,

no ha cuantificado la cantidad reclamada por tal concepto, ni ha establecido bases para su liquidación.

TERCERO.- SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE Roberto

A diferencia de lo que sucede con sus dos hermanos, en el caso de Roberto, que al tiempo de la demanda tenía 27 años, no consta en autos ni que viva independientemente del padre, ni que tenga ingresos propios.

Y sí consta, por el contrario, que, acabados sus estudios académicos, incluido un master, se ha inscrito en el mes de agosto de 2021 como demandante de empleo. En esta situación y dada la conocida y difícil situación de acceso al mercado laboral por los jóvenes no cabe sostener, al día de la fecha y sin más prueba que la mera conjetura realizada por la representación de la progenitora, que esa falta de acceso al trabajo se deba a la sola voluntad del hijo.

Por otro lado, las cantidades más o menos importantes que pueda haber recibido del padre para sus gastos no excluyen por sí mismas el deber de alimentos de la madre.

Procede, pues, mantener la pensión alimenticia de favor de Roberto.

CUARTO.- SOBRE LA REDUCCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE Roberto

No procede reducir la pensión de Roberto.

Ya resulta dudoso desde el punto de vista de la congruencia de la sentencia ex art. 218.1 LEC que se pueda "reducir" la pensión de Roberto cuando la única petición que contiene la demanda es la de extinguirla por las razones que se aducen y que ya hemos rechazado ut supra.

Pero es que, además, la extinción de las pensiones de Lorenzo y de Prudencio relativizan los efectos económicos de la disminución de ingresos de la alimentante que, efectivamente, se ha jubilado en noviembre de 2021 y ha pasado a cobrar una pensión de 1.465,55 €/mes en 14 pagas, lo que supone una importante disminución de sus ingresos como funcionaria en activo. Pero, en cualquier caso, dispone ahora de unos ingresos netos/mes de 1.709,97 €. La pensión de Roberto, de poco más de 300 €/mes, sólo va a suponer, aproximadamente, un 18% de dichos ingresos (lo que no sitúa en la horquilla habitualmente reconocida por este Tribunal de Apelación), y ello sin tener en cuenta otros ingresos reconocidos por la propia interesada derivados del alquiler de un piso de su propiedad.

En suma, por todas las anteriores consideraciones, ambos recursos de apelación deben ser parcialmente estimados.

QUINTO.- COSTAS.

De conformidad con los arts. 398 y 394 de la LEC., no procede hacer expresa condena en las costas de esta segunda instancia.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Que, estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones procesales de Encarnacion y de Hilario contra la sentencia dictada en fecha 17-12- 2021, aclarada por auto de 24-1-2022, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Valladolid, PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS 792/2020, debemos revocar y revocamos la expresada sentencia y, con estimación parcial de la demanda: I. Debemos declarar y declaramos extinguida la obligación a cargo de Encarnacion de pagar pensión alimenticia para los hijos del matrimonio Lorenzo y Prudencio , **con efectos desde** septiembre de 2019 y diciembre de 2020, respectivamente.

II. **Debemos condenar y condenamos a Hilario a** devolver a Encarnacion las cantidades percibidas en concepto de pensión de alimentos ordinarios de Lorenzo y de Prudencio , a partir de septiembre de 2019 y diciembre de 2020, respectivamente.

III. Debemos mantener y mantenemos a cargo de Encarnacion la pensión alimenticia que viene abonando para su hijo Roberto .

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente Recurso de Apelación.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.