



Roj: **SAP B 7222/2018 - ECLI: ES:APB:2018:7222**

Id Cendoj: **08019370122018100766**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **24/07/2018**

Nº de Recurso: **1096/2017**

Nº de Resolución: **826/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAQUEL ALASTRUEY GRACIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120050008247

Recurso de apelación 1096/2017 -A1

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat

Procedimiento de origen: Modificación medidas supuesto contencioso 1416/2016

Parte recurrente/Solicitante: Matías

Procurador/a: Andrea Maria Beneyto Catala

Abogado/a: Silvia Colom Junyent

Parte recurrida: Eulalia

Procurador/a:

Abogado/a:

SENTENCIA N° 826/2018

Magistrados:

D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

D. Gonzalo Ferrer Amigo

D^a. Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 24 de julio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 7 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 1416/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Andrea Maria Beneyto Catala, en nombre y representación de Matías contra Sentencia - 07/06/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a , en nombre y representación de Eulalia .



Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Estimo parcialment la demanda de modificació de mesures presentada per la procuradora Sra. Beneyto Català, en representació d' Matías , enfront de Eulalia , sense fer especial pronunciament quant a les costes processals causades en aquest procediment, i, en conseqüència, declaro que procedeix modificar la mesura sobre pensió d'aliments establerta en la sentència de 14 de juliol de 2005 , dictada per aquest Jutjat en el procediment consensual de divorci núm. 606/2005, confirmada per la sentència de 15 de setembre de 2014, dictada per aquest Jutjat en el procediment contenciós de modificació de mesures núm. 632/2014, i establir-ne la següent mesura:

- S'extingeix la pensió d'aliments a favor de la filla major d'edat comuna de les parts, Marta , amb efectes des de la data de la present resolució.

Es mantenen la resta de mesures recollides a la sentència de 14 de juliol de 2005 , dictada per aquest Jutjat en el procediment consensual de divorci núm. 606/2005, confirmada per la sentència de 15 de setembre de 2014, dictada per aquest Jutjat en el procediment contenciós de modificació de mesures núm. 632/2014."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 19/07/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada D^a. Raquel Alastruey Gracia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se admiten los de la sentencia de instancia por lo que a continuación se expone

PRIMERO.- El Sr. Matías solicitó en su demanda, presentada en noviembre de 2016, la extinción de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación de 2001 y posteriormente en la de divorcio de 14 de julio de 2005 , por cuanto la hija terminó los estudios y está trabajando, habiéndose comprado un coche en octubre de 2016, que financia con sus propios ingresos.

En sentencia se extinguió la pensión alimenticia a favor de Marta , con efectos desde su fecha.

Se recurre por el demandante para que se establezca que la extinción de la pensión tiene efectos desde que la hija empezó a trabajar o, en su caso, desde la interposición de la demanda.

La demandada no se ha opuesto al recurso ni ha impugnado la sentencia.

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia se considera probado por las propias manifestaciones de la hija Marta , efectuadas en juicio, que lleva tiempo trabajando, que ya está fija, que cobra 900 € al mes y que se ha comprado un coche de 10.000 €. No obstante, en aplicación de la doctrina de la STSJCat de 26 de septiembre de 2011, no concede el efecto retroactivo solicitado por el demandante.

Existe doctrina del Tribunal Supremo sobre la irretroactividad de los alimentos, contenida en la STS de 23 de junio de 2015 , 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014 que a tenor de lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: "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 en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : "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", determina que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".

No obstante, tanto el propio Tribunal Supremo (Auto de 6 de junio de 2018) como el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia 35/2018 de 23 de abril , que se refiere a la imposibilidad de alegar en ejecución el abuso del derecho para dejar sin efecto la fecha de efectos de la extinción de la pensión alimenticia establecida en sentencia que no fue recurrida, deja abierta la vía a que se pueda formular esta alegación de ejercicio abusivo del derecho a través del oportuno recurso de apelación. El Tribunal Supremo también se ha referido a esa posibilidad si no se tratara de una alegación novedosa en la alzada sino que hubiera sido oportunamente deducida en la instancia.



Cabe destacar que la obligación fijada en la sentencia de divorcio de contribuir el progenitor no custodio al que ejerce la custodia, con una cantidad para cubrir los alimentos de los hijos comunes, entonces menores de edad, no es de cumplimiento único, sino sucesivo, pero está abocada a su caducidad cuando la hija obtenga ingresos propios o esté en disposición de obtenerlos, y así resulta del art. 233.4 y del art. 237.1 CCCat . De ello se deduce que desaparece la causa jurídica de la obligación alimenticia desde el momento en que el beneficiado por esa pensión alimenticia ya tiene sus propios recursos.

Precisamente para evitar situaciones en que por desconocer la situación real de posibilidades del alimentado se mantenga la obligación a cargo del alimentante cuando ya no existe causa para ello, lo que puede determinar un verdadero abuso de derecho, el art. 237.9.2 CCCat establece que el alimentado debe comunicar al alimentante las modificaciones de circunstancias que determinen la reducción o supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan.

TERCERO.- En el presente caso no hay prueba del momento exacto en que la hija empezó a tener sus propios ingresos, pero sí se desprende de las propias manifestaciones de Marta que ya los tenía cuando se interpone la demanda y que el padre pretendió la extinción de la pensión que debía abonar a la madre para que ésta sufragara las necesidades de la hija, desde que lo solicitó, por lo que esta cuestión fue objeto de discusión en la instancia.

En esta situación no fijar los efectos extintivos de la obligación a la fecha de la demanda, cuando ya no existe causa alguna para mantenerla, determinaría dejar a la acreedora de la pensión, es decir, a la madre, en situación de ejecutar un título que contiene una obligación formal cuando ya se ha extinguido el derecho que dicha obligación otorga y ello en perjuicio del padre, que es el deudor formal y con ello, dada la intangibilidad de las sentencias firmes (STC de 23 de abril de 2018), se estaría legitimando un verdadero abuso de derecho lo que está vedado por el 7.2 del Código Civil.

CUARTO.- No obstante estimarse el recurso, dado que el caso planteaba dudas de derecho y ante la falta de oposición de la parte contraria, no procede imponer las costas devengadas en la alzada, siguiendo lo establecido en el art. 394.1, al que se remite el art. 398.1 ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En virtud de lo expuesto,

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Matías contra la sentencia de 7 de junio de 2017 dictada por el Juzgado nº 4 de L'Hospitalet de Llobregat, en el procedimiento de modificación de medidas 1416/16 , en el que ha sido parte demandada Eulalia y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución y establecemos que la pensión alimenticia a favor de la hija Marta se ha extinguido con efectos desde el 28 de noviembre de 2016, fecha de interposición de la demanda. Todo ello sin imposición de las costas devengadas en esta alzada.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :