



Roj: **SAP T 1059/2022 - ECLI:ES:APT:2022:1059**

Id Cendoj: **43148370012022100486**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2022**

Nº de Recurso: **436/2021**

Nº de Resolución: **491/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **INMACULADA PERDIGONES SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4312342120060003287

Recurso de apelación 436/2021 -U

Materia: Recurso contra sentencia

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Modificación medidas supuesto contencioso 327/2019

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4202000012043621

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Concepto: 4202000012043621

Parte recurrente/Solicitante: Nicolasa

Procurador/a: Juan Carlos Recuero Madrid

Abogado/a: Eulalia Carmona Iglesias

Parte recurrida: Gabriel

Procurador/a: Lourdes Perez Requena

Abogado/a: Patricia Marquez Lopez

SENTENCIA Nº 491/2022

ILMOS. SRES.

Presidente:

Manuel Horacio García Rodríguez

Magistrados:

Dª Inmaculada Perdigones Sánchez



D^a Raquel Marchante Castellanos

Tarragona a 15 de junio de 2022.

La Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 436/21 frente a la sentencia de fecha 22/02/2021 recaída en el procedimiento de modificación de medidas nº 327/19 tramitado por el Juzgado nº 7 de DIRECCION000 a instancia de D. Gabriel como parte demandante-apelada y D^a. Nicolasa como parte demandada-apelante, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente:

" Se estima parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, promovida por la Procuradora Sra. Rosa Monné Tost en nombre y representación de D. Gabriel contra D^a. Nicolasa representada por el Procurador Sr. Walter Galiano Baixauli.

Se extingue la pensión de alimentos establecidas a favor de las hijas comunes en la Sentencia de separación y divorcio de fecha 16.11.2006.

La extinción de dichas pensiones de alimentos y sus efectos, se retrotraen a la fecha de incorporación al mercado laboral y vida independiente de las hijas a nivel económico, María Milagros se incorporó en julio de 2015 y María Inmaculada en noviembre de 2016.

Se declaran prescritas las mensualidades comprendidas entre noviembre de 2011 y septiembre del 2014.

En materia de costas procesales, debe cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por la mitad."

SEGUNDO. - Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su oposición y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. Inmaculada Perdignes Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - *Antecedentes* .

1.1- D. Gabriel solicita la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio **alegando el cambio de las siguientes circunstancias:**

A.- Que las hijas, María Milagros (nacida el NUM000 de 1991) y María Inmaculada (nacida el NUM001 de 1995) no sólo eran mayores de edad, sino que además se encontraban plenamente incorporadas al mercado laboral.

1.2.- En atención a ello solicitaba la retroactividad de la extinción de alimentos hasta el momento en que se realizó la incorporación al mercado laboral.

1.3.- Igualmente solicitaba que se declarara la prescripción de las mensualidades reclamadas por D^a. Nicolasa en el procedimiento de ejecución 890/17 que se sustanciaba en el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de DIRECCION000 , concretamente las comprendidas entre noviembre de 2011 y septiembre de 2014, ambas inclusive.

1.4.- D^a. Nicolasa se erige en apelación haciendo las siguientes manifestaciones:

A.- En primer lugar, entiende que la extinción de las pensiones no puede tener efectos retroactivos sino sólo desde la fecha de la sentencia de modificación de medidas.

B.- Seguidamente, aceptaba que la incorporación al mercado laboral de la hija María Milagros se produjo en el año 2015.

C.- No obstante respecto a María Inmaculada , aceptaba que en mayo de 2017 se independizó pero que después volvió al domicilio familiar y que en todo caso la incorporación al mercado laboral de forma estable no se produjo en el año 2016 como indica la sentencia sino en el 2018.



D.- Finalmente, se oponía al pronunciamiento relativo a la prescripción de las pensiones alimenticias comprendidas entre noviembre de 2011 y septiembre de 2014, ambas inclusive, al entender que el presente procedimiento no podía amparar dicha petición. Añadía además que se estaba produciendo un fraude procesal ya que esa alegación se realizó en el procedimiento de ejecución anteriormente mencionado y fue inadmitida por estar fuera de plazo.

1.5.- La parte contraria se opone a los extremos del recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO. - *Motivos de oposición* . Se circunscriben los puntos de controversia en analizar cada uno de los extremos anteriormente mencionados.

TERCERO. - *Decisión de la Sala* .

3.1.- Efectos de la retroactividad de la extinción de las pensiones. - Sobre las modificaciones operadas en el seno de un procedimiento de modificación de medidas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la STSJC 99/2018 de 10 diciembre, nos decía: "Las modificaciones posteriores en materia de alimentos que se acuerden por variación sustancial de circunstancias, comenzarán a producir su efecto desde la fecha de la resolución que las determina, y la interpretación que la sentencia recurrida se realiza respecto a la S 77/2016, de 6 de octubre, es incorrecta pues las excepciones a la regla precedente que han de aplicarse de forma restrictiva, son tres: a) art. 233- 7. 2 CCCat, cuando se haya previsto en convenio; b) art. 233-7. 3 CCCat, intento de acuerdo extrajudicial previo iniciando proceso de mediación; y c) Nueva situación derivada no de una modificación cuantitativa sino p. ej. de un cambio de guarda que debe tratarse como si nos hallamos con una petición derivada de una inicial demanda de nulidad, separación o divorcio. Cuando en dicha resolución (STSJC 77/2016) se menciona un cuarto supuesto no es para aplicar la retroactividad, sino para reiterar lo anteriormente señalado que no es otra cuestión que el art. 775- 3 LEC prevé la posibilidad de solicitar la modificación con solicitud de medidas coetáneas provisionales en cuyo caso si estas medidas hubiesen sido concedidas, lógicamente, debería estarse a lo allí acordado hasta que se dictase la sentencia de primera instancia." Esta línea es la que sigue, igualmente la STSJC 55/2018 de 7 de junio, cuando dice: "(...) 3.- En supuestos de modificación de medidas tanto para la prestación compensatoria, como también lo sería para la prestación alimentaria en las uniones de hecho, cuando ya ha sido fijada y para sus posteriores modificaciones no se ha estimado la retroactividad, según reiterada jurisprudencia de esta Sala - SSTSJC 41/2009, de 14 de octubre , 81/2016, de 20 de octubre y 3/2018, de 8 de enero en que establece (FJ. 4.4) que: "... Por último, téngase presente que hemos establecido con carácter general (SSTSJC 41/2009, 55/2011, 4/2014 y 26/2015, entre otras) que los efectos sustantivos o materiales de las sentencias de modificación de los efectos derivados de una crisis matrimonial se producen ordinariamente ex nunc, esto es, desde que son definitivamente dictadas, por lo que reducción de la prestación compensatoria aquí acordada solo operará desde la fecha de la presente resolución. (...)".

No obstante, en cuanto a **la acción de extinción de alimentos**, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la pone en relación con la mal fe o el abuso de Derecho (STSJ, Civil sección 1 del 14 de mayo de 2018 (ROJ: STSJ CAT 5656/2018 - ECLI:ES:TSJCAT:2018:5656) y STSJ, Civil sección 1 del 08 de junio de 2015 (ROJ: STSJ CAT 6241/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:6241), de modo que, como dice esta última sentencia, "la buena fe debemos encontrarla en el entorno de las dos partes de modo que cabe entender, de igual forma, que si el acreedor tiene indicios más que fundados (...) de la existencia de una causa de extinción de la pensión debe actuar -sino la consiente- en forma diligente, bien requiriendo a la otra parte a pronunciarse al respecto, bien instando el procedimiento de mediación, bien presentando la demanda y pidiendo medidas provisionales. Todo ello teniendo en cuenta los graves perjuicios que pueden causarse cuando se pide la devolución de pensiones periódicas - probablemente consumidas-, satisfechas al acreedor sobre la base de una sentencia firme".

Dicha tesis quedaría fundamentada en lo dispuesto en el art. 111-7 del CCCat a cuyo tenor en las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y que en su concreta aplicación en el caso haría extensiva la obligación impuesta en el art. 237-9, 2 del CCCat a los alimentados, a los perceptores de la pensión compensatoria, cuando exista una causa legal de extinción o de modificación de la pensión.

En el caso de autos, debe recordarse que la parte apelante reconoce la incorporación al mercado laboral de María Milagros en el 2015 y aun así presenta una demanda de ejecución en el año 2017, en las que se incluía en la petición las pensiones que se devengaren con posterioridad, y tampoco consta que las hijas realizaran la oportuna comunicación exigida por el art. 237-9-2 del CCC, lo que evidencia una actuación contraria a las directrices de la buena fe, que en modo alguno puede ampararse.

En consecuencia, los efectos de la extinción deben entenderse con efectos retroactivos fijándose el momento en el que ambas hijas se incorporaron al mercado laboral, pues en relación a María Inmaculada debe prevalecer el hecho de que ésta se incorporó al mercado laboral en el año 2016, según ella misma reconoce y de hecho



incluso se independizó. Ello, sin olvidar que la concatenación de trabajos temporales no impide considerar la verdadera incorporación al mercado laboral, pues suele ser lo ordinario en los jóvenes que se inician en el mundo laboral. Por tanto, producida la incorporación en el 2016 no puede sustentarse su prolongación hasta el momento en que María Inmaculada obtuvo un contrato estable. De conformidad con las premisas expuestas, se mantiene el pronunciamiento realizado en primera instancia en el punto analizado.

3.2- Prescripción de las pensiones alimenticias. - Debe ser acogida la petición de la parte apelante en este punto, ya que la naturaleza del procedimiento en el que nos encontramos es el declarativo de modificación de medidas y la pretensión erigida de prescripción de las pensiones debió articularse en el procedimiento correspondiente que no era otro que el de ejecución. Por otro lado, no es controvertido que la oposición a la ejecución realizada en su día por D. Gabriel fue rechazada por estar fuera de plazo, por tanto, a mayor abundamiento, mantener el pronunciamiento cuestionado, supondría un claro fraude procesal con incidencia directa en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE). En consecuencia, debe quedar sin efecto la extinción por prescripción de las pensiones de alimentos comprendidas entre noviembre de 2011 y septiembre de 2014, ambas inclusive.

CUARTO. - *Régimen de costas* . El art. 398 de la LEC dispone que: "1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394. 2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes". Al estimarse en parte el recurso no se hace expresa imposición de costas.

FALLO

El Tribunal decide:

1º.- Estimar en parte el recurso de apelación formulado por D^a. Nicolasa frente a la sentencia de 22/02/21 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de DIRECCION000 , en el procedimiento de modificación de medidas nº 327/19 que se revoca en parte haciendo el siguiente pronunciamiento:

A.- Si deja sin efecto el pronunciamiento que declara la extinción por prescripción de las pensiones de alimentos generadas en el periodo comprendido entre noviembre de 2011 y septiembre de 2014, ambas inclusive.

2º.- No se hace expresa imposición de costas en esta alzada con devolución en su caso de los depósitos constituidos.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469- 477 Disposición Adicional 16ª LEC y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.