



Roj: **SAP C 1173/2018 - ECLI:ES:APC:2018:1173**

Id Cendoj: **15030370032018100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **3**

Fecha: **30/05/2018**

Nº de Recurso: **499/2017**

Nº de Resolución: **202/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL JESUS FERNANDEZ-PORTO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

A CORUÑA

**SENTENCIA: 00202/2018**

N10250

C/ DE LAS CIGARRERAS, 1

(REAL FABRICA DE TABACOS-PLAZA DE LA PALLOZA)

A CORUÑA

Tfno.: 981 182082/ 182083 Fax: 981 182081

BP

**N.I.G.** 15030 42 1 2009 0025907

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000499 /2017 - B**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 10 de A CORUÑA

**Procedimiento de origen:** MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000958 /2016

Recurrente: Tamara

Procurador: IAGO ESPASANDIN BARREIRO

Abogado: MARIA JESUS GARCIA TORRES

Recurrido: Balbino , Bartolomé

Procurador: MARIA DEL PILAR CARNOTA GARCIA

Abogado: NATALIA GARCIA ARCA

**SENTENCIA**

Número 202/2018

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña María Josefa Ruiz Tovar, presidenta

Doña María José Pérez Pena

Don Rafael Jesús Fernández Porto García

En A Coruña, a 30 de mayo de 2018.



Ante esta **Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, constituida por los Ilmos. señores magistrados que anteriormente se relacionan, se tramita bajo el **número 499-2017** el recurso de **apelación** interpuesto contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del **Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña**, en los autos de **procedimiento de modificación de medidas** registrado bajo el número 958-2016, siendo parte:

Como **apelante**, la demandada reconviniente **DOÑA Tamara**, mayor de edad, vecina de A Coruña, con domicilio en la CALLE000, NUM000, NUM001, provista del documento nacional de identidad número NUM002, representada por el procurador don Iago Espasandín Barreiro, y dirigido por la abogada doña María-Jesús García Torres.

Como **apelados**: el demandante reconvenido **DON Bartolomé**, mayor de edad, vecino de A Coruña, con domicilio en AVENIDA000, NUM003, NUM004, provisto del documento nacional de identidad número NUM005, representado por el procurador don José-Luis Castillo Villacampa, y dirigido por el abogado don David Núñez Bonome.

Y el demandado **DON Balbino**, mayor de edad, cuya vecindad y domicilio actual no consta en autos, provisto del documento nacional de identidad número NUM006, representado por la procuradora doña María-Pilar Carnota García, bajo la dirección de doña Natalia García Arca.

Versa la apelación sobre extinción de alimentos para un hijo, y solicitud de elevación de la cuantía para otro, ambos mayores de edad.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- *Sentencia de primera instancia* .- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia de 15 de junio de 2017, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «**FALLO**: Que estimando la demanda presentada por el procurador Sr. Castillo Villacampa, en nombre y representación de don Bartolomé, y desestimando íntegramente la demanda reconvenicional presentada por el procurador Sr. Espasandín Barreiro, en nombre y representación de doña Tamara, acuerdo dejar sin efecto y el cese la obligación del Sr. Fernández Ríos de abonar la pensión de alimentos a favor de su hijo Balbino, con expresa imposición de las costas a doña Tamara, por su manifiesta temeridad y mala fe.

*Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber la misma no es firme, y que contra la misma podrán interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente a su notificación, debiendo ser preparado ante este Juzgado para ser resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña, siendo necesario que para ello se proceda a ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado el depósito establecido por la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre.*

*Por ser esta mi sentencia, lo dispongo, mando y firmo» .*

**SEGUNDO** .- *Recurso de apelación* .- Se presentó escrito interponiendo recurso de apelación por doña Tamara, dictándose resolución teniéndolo por interpuesto y dando traslado a las demás partes por término de diez días. Se formuló por don Bartolomé y por don Balbino escritos de oposición al recurso.

No se constituyó por la parte apelante el depósito de 50 euros previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al estar doña Tamara exenta de constituirlo, al habersele reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 24 de noviembre de 2016.

Se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial con oficio de fecha 17 de octubre de 2017, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO** .- *Admisión del recurso* .- Se recibieron en esta Audiencia Provincial el 19 de octubre de 2017, siendo turnadas a esta Sección Tercera el 20 de octubre de 2017, registrándose con el número 499-2017. Por el letrado de la Administración de Justicia se dictó el 31 de octubre de 2017 diligencia de ordenación admitiendo el recurso, mandando formar el correspondiente rollo, indicando los componentes del tribunal y designando ponente.

**CUARTO** .- *Personamientos* .- Se personó ante esta Audiencia Provincial el procurador don Iago Espasandín Barreiro en nombre y representación de doña Tamara, en calidad de apelante, para sostener el recurso; el procurador don José-Luis Castillo Villacampa en nombre y representación de don Bartolomé, como apelado; así como la procuradora doña María-Pilar Carnota García en nombre y representación de don Balbino, en



calidad de apelada. Se dictó providencia mandando quedar el recurso pendiente de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiese.

**QUINTO** .- *Señalamiento* .- Por providencia de 9 de abril de 2018 se señaló para votación y fallo el pasado día 29 de mayo de 2018, en que tuvo lugar.

**SEXTO** .- *Ponencia* .- Es ponente el Ilmo. magistrado Sr. don Rafael Jesús Fernández Porto García, quien expresa el parecer de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Fundamentación de la sentencia apelada* .- Se aceptan y comparten los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos como parte integrante de la presente en aras a inútiles repeticiones.

**SEGUNDO** .- *Objeto del litigio* .- La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1º.- Don Bartolomé y doña Tamara contrajeron matrimonio el 5 de diciembre de 1995. Tienen dos hijos en común: don Balbino y don Alberto , nacidos en 1991 y 1995 respectivamente.

2º.- El 2 de marzo de 2010 se dictó sentencia en el procedimiento de separación conyugal tramitado de mutuo acuerdo, en la que se aprueba el acuerdo al que habían llegado las partes, que, en lo aquí atinente, establece: «Pensión de alimentos: el padre abonará en tal concepto la cantidad total de 675 euros mensuales, que ingresará en la cuenta que designe la esposa dentro de los cinco primeros días de cada mes; dicha cantidad se incrementará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC».

3º.- El 28 de julio de 2016 don Bartolomé formuló demanda en procedimiento de modificación de medidas, exponiendo que la pensión alimenticia actualizada era de 729,69 euros para los dos hijos; siendo ambos mayores de edad en la actualidad. Que don Alberto tiene 21 años, y había vuelto a estudiar; pero que don Balbino , de 25 años, había acabado sus estudios y ya tenía trabajo. Solicitaba la extinción de los alimentos correspondientes a su hijo Balbino .

4º.- Doña Tamara se opuso a la demanda, porque su hijo don Balbino solo tiene trabajos muy esporádicos, y sigue viviendo en casa de la demandada.

Formuló reconvenición exponiendo que su hijo don Alberto estaba matriculado en un curso de formación, y que ahora tenía las necesidades propias de un joven de 21 años, y que cuando se fijaron los alimentos tenía 15 años. Terminaba suplicando que se incrementasen los alimentos de su hijo don Alberto a la cantidad de 700 euros mensuales.

5º.- Convocadas las partes a juicio, se apreció una situación litisconsorcial, suspendiéndose la comparecencia a fin de que se ampliase la demanda contra don Balbino .

6º.- Don Balbino se personó, allanándose a la demanda.

7º.- En el acto del juicio doña Tamara insistió en que se mantuviesen los alimentos para don Balbino , y en la elevación de los correspondientes a don Alberto .

8º.- Tras la correspondiente tramitación se dictó sentencia estimando la demanda formulada, en virtud del allanamiento efectuado por don Balbino ; y se desestimó la reconvenición, al no haberse acreditado ningún cambio de circunstancias en cuanto a don Alberto ; con imposición de costas a doña Tamara por temeridad, quien se alza contra dichos pronunciamientos.

**TERCERO** .- *Nulidad de la sentencia por falta de motivación* .- En el primer motivo del recurso de apelación se solicita que se declare la nulidad de la sentencia apelada, a fin de que se devuelvan las actuaciones al Juzgado y dicte nueva resolución «con la suficiente motivación y valoración de las pruebas practicadas». En el argumento, tras invocar la aplicación indebida del artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , así como infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el allanamiento de alguno de los litisconsortes. En el desarrollo del motivo lo que se sostiene es que la sentencia apelada se fundamenta exclusivamente en el allanamiento de don Balbino , sin entrar a analizar la oposición formulada por la codemandada doña Tamara , quien sí sostenía la oposición a la demanda.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- Tanto el artículo 120.3 de la Constitución Española, como el 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen la obligación que tienen los órganos judiciales de fundamentar sus resoluciones. El Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que el deber de los órganos judiciales de motivar sus



resoluciones es una exigencia implícita en el artículo 24.1 de la Constitución Española . La tutela judicial efectiva garantizada en dicho precepto comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas. Como establece tanto el Tribunal Constitucional [sentencias números 138/2014 , 102/2014 , 223/2003 , 211/2003 , 187/2000 , 131/2000 , 206/1999 , 184/1998 , 187/1998 , y 115/1996, entre otras muchas]; así como la Sala Primera del Tribunal Supremo [sentencias 171/2018, de 23 de marzo (Roj: STS 965/2018 , recurso 2999/2017 ) , 14 de febrero de 2018 (Roj: STS 403/2018, recurso 1813/2017 ) , 470/2017, de 19 de julio (Roj: STS 3006/2017 , recurso 3088/2016 ) , 441/2017, de 13 de julio (Roj: STS 2839/2017 , recurso 955/2015 ) , 216/2017, de 4 de abril (Roj: STS 1335/2017 , recurso 56/2016 ) , 124/2017, de 24 de febrero (Roj: STS 717/2017 ) , entre otras] (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial), la exigencia cumple una cuádruple finalidad: **(a)** Exteriorizar el fundamento de la decisión judicial, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley. Se quiere dejar constancia del sometimiento del Juez al imperio de la ley ( artículo 117.1 Constitución Española ) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico ( artículo 9.1 Constitución Española ). **(b)** Presume el citado Tribunal que motivación contribuye a «lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial» , con lo que puede evitarse la formulación de recursos. **(c)** Permite eventual control jurisdiccional de la resolución dictada mediante el ejercicio de los recursos; pues el tribunal que deba resolver el recurso podrá conocer los razonamientos que la motivaron. **(d)** En último término, la motivación opera como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad.

La infracción constitucional se produce cuando hay carencia total de motivación o esta es manifiestamente insuficiente, o meramente formal, cuando la motivación está desprovista de racionalidad, desconectada de la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico, o cuando la lectura de la resolución no permite comprender cuáles son las razones del "fallo", creando por ello indefensión a la parte cuyas pretensiones no son acogidas en tanto que carecerá de los elementos necesarios para poder razonar su discrepancia al interponer los correspondientes recursos [ Ts. 16 de mayo de 2014 (Roj: STS 1917/2014, recurso 1628/2012 ) y 22 de febrero de 2012 (Roj: STS 1422/2012, recurso 1793/2008 )].

Debiendo recordarse que no cabe mayor contradicción que alegar falta de motivación para, acto seguido dedicarse a discutir los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que, de forma perfectamente comprensible y comprendida por el recurrente, expresan la razón causal de su fallo [ Ts. 31 de enero de 2013 (Roj: STS 290/2013, recurso 1560/2010 )]. Ni puede confundirse la falta de motivación con el desacuerdo con los razonamientos de la resolución, ni con la motivación que más se ajuste a los deseos de la parte litigante. El concepto de la motivación, que es la justificación del fallo, por lo que la disconformidad del recurrente con la motivación de la sentencia impugnada no puede presentarse como falta de motivación de la propia sentencia [Ts. 216/2017, de 4 de abril (Roj: STS 1335/2017, recurso 56/2016 ) , 27 de enero de 2017 (Roj: STS 174/2017, recurso 2238/2015), 30 de mayo de 2016 (Roj: STS 2598/2016, recurso 2345/2013), 20 de octubre de 2015 (Roj: STS 4283/2015, recurso 2158/2014)]. Ni el acierto o desacierto de la argumentación determina la inexistencia de la motivación, pues el derecho a una resolución motivada no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva [ TC. 56/2013 y Ts. 30 de junio de 2015 (Roj: STS 2739/2015, recurso 2288/2013 ) , 24 de abril de 2015 (Roj: STS 1695/2015, recurso 1622/2012 ) , 7 de marzo de 2014 (Roj: STS 1104/2014, recurso 73/2012 )].

**2º.-** Lo que sostiene la parte no es una falta de motivación, o una motivación inexistente. Sino que su queja es que no está conforme con el criterio aplicado en cuando a considerar que el allanamiento de don Balbino implica necesariamente la estimación de la demanda. Y a la postre lo que se está invocando es una infracción de doctrina jurisprudencial. Es decir, una disconformidad con el razonamiento jurídico de la sentencia. Por lo que es evidente que sí está motiva, que sí se ha comprendido cuál es la causa y razón del sentido de la resolución, pero no se está conforme.

**3º.-** Aunque se estimase que la sentencia de primera instancia adolece de falta de motivación, nunca procedería la declaración de nulidad de la sentencia y la devolución de actuaciones al Juzgado para que dé cumplimiento efectivo al deber constitucional de motivación, ni siquiera desde la idea de que se ha privado de una instancia a la recurrente. Debe prevalecer el denominado efecto positivo de jurisdicción que da lugar a la asunción de la instancia. El artículo 465.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «*si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar sentencia en la primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso*» . Esta norma tiene como finalidad esencial evitar que en un mismo proceso se produzca una cadena de apelaciones y por esta razón se impone que, declarada la existencia de una infracción procesal en la sentencia dictada en la primera instancia, no proceda la devolución de las actuaciones a la primera instancia para que se dicte



nueva sentencia, sino que sea la Audiencia Provincial quien resuelva sobre las cuestiones que fueron objeto del proceso. Los tribunales de alzada tienen competencia no sólo para revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, que su posición frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el órgano "a quo" en el momento de decidir, dentro de los términos en que el debate se desarrolló, y que la apelación somete al tribunal "ad quem" el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio. La previsión de una doble instancia para los procesos civiles (no para todos) no significa que ambas instancias deban entrar en el fondo del asunto, ni que la Audiencia Provincial deba anular las actuaciones y retrotraerlas al momento anterior a que se dictara la sentencia de primera instancia. No se ha causado indefensión alguna a los demandados. El hecho de no anular y retrotraer actuaciones no ha afectado a sus posibilidades de alegación y prueba, que es lo relevante para considerar que se ha producido indefensión [ Ts. 17 de abril de 2015 (Roj: STS 1868/2015, recurso 611/2013 ), 20 de noviembre de 2013 (Roj: STS 6177/2013, recurso 1288/2011 ), 1 de abril de 2013 (Roj: STS 1831/2013, recurso 287/2010 ), 24 de mayo de 2012 (Roj: STS 3450/2012, recurso 2128/2009 ) y 1 de diciembre de 2011 (Roj: STS 9311/2011, recurso 1577/2009 )].

**CUARTO** .- *El allanamiento y el litisconsorcio pasivo necesario* .- En el segundo motivo, reiterando parcialmente lo ya mencionado en el primero, lo que se plantea es que la sentencia apelada infringió el artículo 21 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al estimar la demanda en virtud del allanamiento de don Balbino , sin tener en consideración la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio, pues doña Tamara se había opuesto y no está vinculada por el allanamiento del otro codemandado.

El motivo, en este caso, debe ser desestimado.

1º.- Es cierto que las sentencias de 20 de enero de 2012 (Roj: STS 277/2012, recurso 263/2009) y 19 de enero de 2012 (Roj: STS 246/2012, recurso 141/2009 ) analizan el supuesto del allanamiento de alguno o algunos de los codemandados en los casos de litisconsorcio, aceptaban que cabe formalizarlo, no pudiendo impedirse que uno o varios demandados se muestren conformes con las pretensiones de la demanda, pero que es distinta la eficacia o vinculación que puede tener un allanamiento de parte de los codemandados, lo cual se pone en relación con la eficacia expansiva de la sentencia. Pero el óbice para que pueda prosperar la tesis de la recurrente es si se da en este caso una verdadera situación litisconsorcial.

2º.- La introducción del párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil ( «*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*» ), por la Ley 11/1990, de 15 de octubre , ha generado tres posturas:

(a) La denominada "*tesis alimentista*", que estima que la pensión alimenticia, al remitirse el artículo 93 del Código Civil a los artículos 142 y siguientes del mismo Código , confiere una acción exclusivamente al hijo, y nunca al progenitor. Se basa en que, conforme a lo establecido en los artículos 169 , 314 y 315 del Código Civil , la mayoría de edad extinguió la patria potestad, y por extensión el derecho de representación legal que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad. Todo lo cual conlleva que el hijo mayor de edad, que conviva a expensas de sus padres en el domicilio familiar, tenía que intervenir de alguna forma en el procedimiento de separación, divorcio o nulidad, y realizar la solicitud por sí mismo; o cuando menos otorgando poder expreso a uno de los otros litigantes para que realizase la petición alimenticia en su nombre. Esta tesis, que tuvo múltiples defensores en un principio, ha sido totalmente rechazada en la actualidad.

(b) La denominada "*tesis del levantamiento de cargas*", según la cual, la legitimación corresponde propiamente al cónyuge al que se adjudica el uso del hogar conyugal, y que tiene en su compañía a esos hijos mayores de edad no independientes económicamente, por lo que en la práctica tiene que prestarles alimentos en el sentido más amplio. El titular del derecho es ese cónyuge, en cuanto solicita prestaciones económicas para levantar las cargas familiares. Los hijos nunca tendrían intervención en el proceso de separación, divorcio o nulidad, pues los únicos litigantes posibles son los propios cónyuges y, en su caso, el Ministerio Fiscal. Esta tesis es aparentemente la mayoritaria.

(c) Sin embargo, cada día se impone más la denominada "*tesis de la sustitución*", que viene a sostener que el derecho a percibir alimentos corresponde siempre, y por definición, al hijo mayor de edad que necesita percibirlos al no tener aún capacidad de generar ingresos propios, conforme a lo establecido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil . Pero, que la intención del legislador con la introducción del párrafo segundo del artículo 93 del mismo Código , era crear una legitimación por sustitución, de tal forma que el progenitor (sustituto) en cuya compañía queda en el hogar familiar puede ejercitar las acciones del hijo (sustituido), accionando en nombre propio. El titular es el hijo [Ts. 30 de diciembre de 2000 (RJ Aranzadi 10385)], que es en quien deben concurrir los requisitos para que pueda percibir los alimentos; y al que también debe afectar



la ulterior ausencia de necesidad por haber alcanzado independencia económica constitutiva de causa de extinción. Pero se permite que ejercite ese derecho uno de los progenitores, siempre y cuando ese hijo conviva en el mismo domicilio familiar (en otro supuesto, no se daría la sustitución procesal).

Ahora bien, el precepto sólo autorizaría la sustitución procesal para pedir alimentos. Pero cuando lo pretendido es la extinción, deberá llamarse al litigio a la persona mayor de edad afectada, pues se pretende suprimirle un derecho que tiene concedido él.

La famosa sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 (RJ Aranzadi 3378), dictada en interés de la ley a instancia del Ministerio Fiscal, pone fin a una de las tesis, concretamente a la primera anteriormente mencionada, al establecer categóricamente, como ya se venía entendiendo de forma mayoritaria, que el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil autoriza a que uno de los progenitores (aquél en cuya compañía quede el hijo mayor de edad dependiente en el domicilio familiar) pueda reclamar alimentos para ese hijo. Pero siempre se refiere a su reclamación en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. Nada se establece en cuanto a la posible modificación de la cuantía o supresión en un ulterior incidente de modificación de medidas. Por lo que la doctrina sustentada en dicha resolución no sirve para resolver la cuestión planteada.

Sin desconocer que la mayoría de las Audiencias Provinciales se inclinan por considerar que la legitimación pasiva en los procesos de reducción de la cuantía o supresión de la prestación, en los incidentes de modificación de medidas, corresponde al progenitor con el que convive el hijo exclusivamente, existen otras Audiencias Provinciales que sostienen la falta de legitimación pasiva de ese cónyuge, siendo preciso demandar al hijo mayor de edad, por ser el único titular del derecho.

Sin desconocer que la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, antes citada, contiene un razonamiento que vendría a resumir la tesis del levantamiento de las cargas familiares, hoy parece imponerse la tesis de la sustitución procesal. Asumir que el hijo alimentado, contra el que realmente se solicita que se suprima la prestación alimenticia que le corresponde por derecho propio, no tiene que ser llamado al litigio, podría dar lugar a graves problemas jurídicos. Así, podría plantearse que el hijo ya no convive en el que fuera domicilio familiar (por ejemplo por haberse marchado a vivir con una pareja, situación fáctica cada día más frecuente), por lo que el cónyuge demandado carecería de legitimación, ya que falta el requisito de la convivencia. E incluso la causa de alteración de las circunstancias ( artículo 91 del Código Civil ) puede ser precisamente el cese de la convivencia en el hogar familiar. Pero pueden persistir las necesidades económicas del hijo mayor de edad, y que sólo él puede oponer como motivo para que no se extinga la pensión alimenticia. Por otra parte, parece vulnerar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.2 de la Constitución Española ) el declarar la extinción de una pensión alimenticia establecida a favor de un hijo mayor de edad, sin que éste haya sido parte en el litigio, ni se le haya oído, ni otorgado la facultad de oponerse. Y pueden darse múltiples supuestos en los que el padre que en su día solicitó los alimentos para él, ya no tenga interés en que se sigan abonando. Incluso por simples disputas familiares. Por todo lo cual, se ha venido estableciendo que, en los incidentes de modificación de medidas, cuando se pretende la reducción o la extinción de una pensión alimenticia establecida a favor de un hijo que en la actualidad sea mayor de edad (con independencia de que se le concediese siendo mayor o menor), debe siempre demandársele. Si bien debe significarse que son múltiples las resoluciones en las que se extinguen alimentos sin haber demandado al hijo mayor de edad [por ejemplo 395/2017, de 22 de junio (Roj: STS 2511/2017, recurso 4194/2016)].

**3º.-** Configurado el derecho de alimentos como propio del hijo, y no del padre conviviente (si es que sigue conviviendo), es evidente que el allanamiento a la solicitud de extinción que realizó don Balbino vincula plenamente. Con independencia de que doña Tamara persista en que quiere seguir recibiendo ella los alimentos para ese hijo.

**QUINTO .-** *La necesidad de alimentos* .- Dentro de los dos motivos anteriores se plantea un submotivo o alegato relativo a que sí siguen siendo necesarios los alimentos, por cuanto don Balbino no habría alcanzado la independencia económica, al precisar vivir con su madre, y tener como únicos ingresos unas sustituciones de días.

El argumento no puede aceptarse.

**1º.-** El artículo 152 del Código Civil, en su número tercero establece que es causa de extinción de la obligación de prestar alimentos *«cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia»*. Precepto que debe ser interpretado conforme a lo establecido en el artículo 3.1 del mismo Código, y especialmente en cuanto a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas las normas. La doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo sistemáticamente que *«para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva»* [Ts. 5 de noviembre de 1984 (RJ Aranzadi 5367),



10 de julio de 1979 ( RJ Aranzadi 2948), 9 de diciembre de 1972 ( RJ Aranzadi 4944) y 31 de diciembre de 1942 (RJ Aranzadi 1542)]. Para que pueda prosperar el cese de la obligación de prestar alimentos es preciso que el alimentista pueda realmente ejercer una profesión u oficio de una manera más o menos permanente, con posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no siendo bastante para decretar el cese de la prestación alimenticia la acreditación de una mera capacidad subjetiva [ Ts. 24 de octubre de 2008 (RJ Aranzadi 5794)]. Todo ello sin perjuicio de que, en que, pese a no ejercerse efectivamente una profesión, oficio o industria, si existía una posibilidad real, se haya declarado la extinción, como acontece en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 1 de marzo de 2001 (RJ Aranzadi 2562), que se refiere a dos personas, graduadas universitarias, con plena capacidad física y mental, y que superan los treinta años de edad; pues no extinguirla «*sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un "parasitismo social"*»; o la 395/2017, de 22 de junio (Roj: STS 2511/2017, recurso 4194/2016), en cuanto «*no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad ( Florian ), pues pese a estar en edad laboral ni trabaja ni consta que estudie con dedicación, ya que solo se acredita la matriculación en fechas inmediatas a la interposición de la demanda de modificación de medidas*» .

2º.- En este caso, lo que se plantea por la apelante es la cuestión de fondo: si siguen siendo necesarios los alimentos, si don Balbino carece de recursos para su autonomía económica, y sigue dependiendo de sus padres para atender sus necesidades básicas, y conviviendo con doña Tamara . A esto es a lo que se allanó don Balbino en su contestación.

Don Balbino , al oponerse al recurso, manifiesta haber aprobado la oposición, teniendo plaza como profesor en la localidad de Carnota, que acudía a casa de su madre como mera visita, que siempre estuvo trabajando, y que trabajo nunca le faltó desde que acabó sus estudios. Ante tales manifestaciones, es improcedente plantear que don Balbino siga precisando alimentos de su padre.

**SEXTO .-** *El incremento de los alimentos del otro hijo* .- En penúltimo lugar se reitera la pretensión de que se incremente la prestación alimenticia para el hijo Alberto hasta 700 euros mensuales. Se argumenta que doña Tamara tiene unos gastos fijos mensuales (alquiler vivienda, energía eléctrica, teléfono) de más de 600 euros, y además tiene que pagar el seguro de la vivienda y el seguro del automóvil; no pudiendo la apelante trabajar porque tiene que cuidar a su madre; además Alberto tenía 15 años y ahora tiene 21, con las necesidades propias; y al extinguir se la otra pensión de alimentos, doña Tamara queda en una situación precaria.

El motivo no puede ser estimado.

1º.- Cuando se solicita el incremento de la cuantía de una prestación alimenticia por alteraciones sustanciales de las circunstancias que fueron tenidas en el momento de su estipulación ( artículos 90.3 y 91 «*in fine*» del Código Civil , y artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), debe tenerse en consideración:

(a) Es preciso hacer un juicio de valor o estudio comparativo entre: **1)** La situación que se tuvo en consideración cuando se adoptó la medida; qué ingresos o rentas tenía cada una de las partes; qué patrimonio; cuáles eran sus actividades profesionales o laborales; cuál era su nivel social y económico, y demás parámetros que debieron servir para fijar la cuantía de los alimentos. Y **2)** la situación actual sobre los mismos extremos.

(b) Al analizar la situación actual, debe atenderse a que se haya producido una alteración "sustancial". No mínimas modificaciones, como viene siendo habitual plantear, y que obedecen al devenir diario tanto personal como económico, normal y habitual en toda persona.

(c) La variación ha de ser estable. No pueden admitirse alegaciones que son fruto de una coyuntura económica pasajera.

(d) Debe rechazarse la pretensión cuando la modificación o alteración de circunstancias haya sido provocada voluntariamente o de propósito. Si la alteración, aunque sea sustancial, se ha originado por dolo o culpa del que tiene obligación de prestar alimentos o cualquier otra contribución económica no puede producirse su cambio o modificación, pues no se pueden abandonar voluntariamente las diferentes fuentes de ingresos con que se cuente y alegar después alteración sustancial en su fortuna para intentar así disminuir la contribución económica a su familia anterior, so pena de fraude de ley, abuso del derecho o quebrantamiento de los principios de la buena fe.

Es por ello requisito indispensable que se haya probado un cambio de circunstancias que justifique la modificación de las medidas. Lo que se revisa no es una decisión judicial por el simple hecho de que ha transcurrido un determinado periodo de tiempo desde que se acordó, sino su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se pactó [ Ts. 11 de enero de 2017 (Roj: STS 19/2017, recurso 1945/2015 ), 3 de febrero de 2016 (Roj: STS 331/2016, recurso 1702/2015 ), 27 de octubre de 2015 (Roj: STS 4438/2015, recurso 2684/2014 ), 21 de mayo de 2014 (Roj: STS 2259/2014, recurso 1734/2012 ), 10 de febrero de 2014 (Roj: STS 756/2014, recurso 2680/2012 )].



2º.- La modificación de circunstancias en lo que se refiere a don Alberto es simplemente que ahora tiene 21 años, y cuando se pactaron los alimentos tenía 15. El simple paso del tiempo no es una alteración de las circunstancias. Antes al contrario, las obligaciones alimenticias de don Bartolomé para con su hijo son ahora menores. No es la misma obligación alimenticia con un hijo menor de edad, que con otro mayor de edad, donde se aplica estrictamente el artículo 142 del Código Civil [ STS 21 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4101/2016, recurso 3153/2015 ) y 2 de diciembre de 2015 (Roj: STS 4925/2015, recurso 1738/2014 )]. No se evidencia que haya mayores necesidades de vestido, alimentación o vivienda, y cursa estudios en un centro público. No se advierte cuáles serían esas mayores necesidades por tener unos años más. Ergo, si no se alega y prueba un real cambio de circunstancias, no procede revisar la prestación.

3º.- A mayor abundamiento, debe indicarse que todos los razonamientos, tanto de la reconvencción como del recurso, inciden en mostrar unas necesidades de la propia doña Tamara , no una alteración de circunstancias de don Alberto . Lo que se afirma es que ella tiene unos gastos fijos derivados del uso de una vivienda, la necesidad de cuidar a su madre, etcétera. Pero su necesidad no justifica que se incrementen los alimentos de los hijos. Ni que esa necesidad sea novedosa, y no existiese cuando se pactó la separación en 2010. Si lo que está planteando es que precisa alimentos, en su caso podrá solicitarlos de los obligados a prestárselos, debiendo recordarse que está meramente separada, no divorciada, por lo que el matrimonio subsiste.

**SÉPTIMO .-** *Infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .-* En último lugar se alega la vulneración del mencionado precepto, en cuanto considera que se imponen las costas por temeridad y mala fe, sin mayor fundamentación, y simplemente porque se persistió en la oposición a la extinción de los alimentos pese al allanamiento de don Balbino , recalcando que no era independiente económicamente.

El motivo debe ser estimado.

1º.- Debe indicarse que el pronunciamiento es meramente retórico, y carente de contenido económico. Al tener doña Tamara reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, no viene obligada inicialmente al pago de las costas ocasionadas a las demás partes, aunque se le impongan ( artículos 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 36.2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ).

2º.- El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla el concepto de "temeridad" para dos supuestos distintos:

(a) En el 394.2 se establece el principio general de no imposición de las costas a ninguna de las partes cuando la estimación o desestimación de las pretensiones haya sido parcial, pero regula como excepción *«a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad»*. En este supuesto, la temeridad es un criterio de imposición. Tiene su fundamento en que, pese a no estimarse la demanda o la contestación en su totalidad (y por lo tanto no operar el vencimiento objetivo), la actitud de una de las partes, con su malicia, bien hizo inevitable el litigio, bien hizo incurrir a la otra en innecesarios gastos durante la tramitación, que se hubiesen podido evitar si hubiese mantenido una postura procesal acorde con los principios de la buena fe. Así que considera temerario a quien teniendo conciencia de lo improsperable de su pretensión u oposición, sabiendo que no tiene razón decide demandar u oponerse [Ts. 11 de julio de 1986 (RJ Aranzadi 4499) y 21 de abril de 1950 (RJ Aranzadi 584)]; o cuando se falta claramente a la verdad [Ts. 9 de diciembre de 1986 (RJ Aranzadi 7225)].

(b) En el párrafo segundo del artículo 394.3, tras disponer el límite cuantitativo de ciertas partidas de la tasación de costas a un tercio de la cuantía del litigio, preceptúa que tal límite no operará *«cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas»*. En este contexto, la temeridad no es un criterio para la imposición de las costas, sino una especie de agravación, una pena que opera en lo que se refiere a la cuantía que deberá abonar el condenado a su pago. Se vincula a los mandatos de litigar con buena fe, consagrados en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Jurisprudencialmente [Ts. 12 de junio de 2008 (RJ Aranzadi 3220), 12 de febrero de 2008 ( RJ Aranzadi 1551), 22 de enero de 2002 ( RJ Aranzadi 682) y 4 de diciembre de 2001 (RJ Aranzadi 9859), así como las que en ellas se citan], se exige que la resolución explicita y motive las circunstancias que justifican la apreciación, para evitar que el pronunciamiento se convierta en un acto de mero imperio o arbitrariedad. Exposición que no necesariamente debe contenerse en el fundamento jurídico dedicado al pronunciamiento sobre las costas, sino que puede deducirse del restante contenido de la sentencia apelada en cuanto ponga de manifiesto las razones que han conducido al Juzgador de instancia a apreciar la temeridad.

3º.- En el presente caso la imposición de costas y la temeridad declarada en la sentencia de instancia se refiere a: *«De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 395 LEC , las costas del presente procedimiento se impondrán a doña Tamara al haber visto íntegramente desestimada su demanda reconvencciónal y haber*





*mantenido una actitud temeraria y de mala fe en cuanto al mantenimiento la pensión de alimentos a favor de su hijo mayor de edad Balbino , a pesar de conocer el allanamiento del mismo» .*

Es decir, estamos en el supuesto de aplicación del artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no en el previsto en el 394.2. Las costas se imponen a doña Tamara en virtud del principio objetivo del vencimiento (« en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones» ): se estimó la demanda (y por lo tanto se desestima su petición de mantener la prestación alimenticia para don Balbino ), y se desestima la reconvenición. La temeridad se aprecia como cualificación de la condena en costas.

La condena en costas debe mantenerse por aplicación del principio objetivo del vencimiento que consagra el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y que correctamente aplica la sentencia de instancia. Se ha estimado la demanda formulada por don Bartolomé , y se desestimó la reconvenición deducida por doña Tamara .

Pero sí debe estimarse la inexistencia de la cualificación de temeridad a los efectos de agravar esa imposición de costas. Como se indicó, esta pena accesoria debe ponerse en relación con el deber de litigar de buena fe. El planteamiento de doña Tamara , insistiendo en que su hijo carecía de ingresos suficientes, y que debía persistir la prestación alimenticia a favor de don Balbino , pese a que este se allanó a la demanda, podrá considerarse un criterio erróneo o desacertado jurídicamente, pero no temerario o de mala fe. Máxime cuando está planteando que no tiene medios económicos para subsistir, que sigue teniendo otro hijo a su cargo, y que la pérdida de la mitad de la prestación alimenticia la aboca a una situación económica muy delicada. Jurídicamente el planteamiento será desacertado y podrá no compartirse, pero no puede afirmarse que la abogada lo mantiene en primera y segunda instancia con manifiesta conciencia de ser improsperable; ni oculta datos, no falta a la verdad, no busca dilaciones indebidas, ni intenta engañar al tribunal o abusar de su posición de demandada. La mera insistencia en un error no es temeridad.

Por lo que debe estimarse el recurso, en el sentido de mantener la imposición de las costas a doña Tamara , pero sin el añadido de temeridad y mala fe.

**OCTAVO .-** Costas .- Al estimarse parcialmente el recurso, no se imponen las costas devengadas en la segunda instancia ( artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

#### **FALLO:**

Por lo expuesto, **la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña** ha decidido:

**1º.-** Estimar en lo que se infiere el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandada **doña Tamara** , contra la sentencia dictada el 15 de junio de 2017 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña , en los autos del procedimiento de modificación de medidas seguidos con el número 958-2016, y en el que es demandante don Bartolomé , y demandado don Balbino .

**2º.-** Revocar parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de mantener la imposición a doña Tamara de las costas de primera instancia ocasionadas a don Bartolomé , pero eliminando la mención de «por su manifiesta temeridad y mala fe»; y confirmando el resto de los pronunciamientos.

**3º.-** No imponer las costas devengadas por el recurso de apelación.

**4º.-** Disponer que sea notificada esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la materia, puede interponerse recurso de casación, conforme a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre), fundado en presentar interés casacional, pudiendo formularse conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para su conocimiento y resolución por la Excm. Sala Primera del Tribunal Supremo. Es inadmisibles la interposición autónoma y única de recurso extraordinario por infracción procesal sin presentar al mismo tiempo recurso de casación. El recurso deberá acomodarse a lo dispuesto en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la misma; teniendo en consideración el «acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal» adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, así como los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos contenidos en los autos de dicha Sala, que pueden consultarse en la página «www.poderjudicial.es». Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Alternativamente, e incompatible con los recursos mencionados en el párrafo anterior, si se considerase que esta resolución, exclusivamente o junto con otros motivos, infringe normas de Derecho Civil de Galicia, puede



interponerse recurso de casación, en el que podrán incluirse motivos procesales, para ante la Excm. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, conforme a lo previsto en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley 5/2005, de 25 de abril, del Parlamento de Galicia. Se presentará ante esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación.

Con el escrito de interposición deberá acompañarse justificante de haber constituido previamente un depósito por importe de cincuenta euros (50 €) por cada clase de recurso en la "cuenta de depósitos y consignaciones" de esta Sección, en la entidad "Banco Santander, S.A.", con la clave 1524 0000 06 04994 17 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0499 17 para el recurso extraordinario por infracción procesal. Doña Tamara está exenta de constituirlo, al habersele reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en sesión celebrada el 24 de noviembre de 2016.

Esta instrucción de recursos tiene carácter meramente informativo. La indicación errónea de los recursos procedentes en ningún caso perjudicará a la parte que interponga los mencionados [ STC 244/2005, de 10 de octubre ; 79/2004, de 5 de mayo ; 5/2001, de 15 de enero ]; ni impide que pueda presentar otros que considere correctos.

**5º.-** Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia número 10 de A Coruña, con devolución de los autos.

Así se acuerda y firma.-

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. señores magistrados que la firman, y leída por el Ilmo. Sr. magistrado ponente don Rafael Jesús Fernández Porto García, en el mismo día de su fecha, de lo que yo, letrado de la Administración de Justicia, certifico.-