



Roj: **STS 4101/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4101**

Id Cendoj: **28079110012016100540**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2016**

Nº de Recurso: **3153/2015**

Nº de Resolución: **558/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 2535/2015,**
STS 4101/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 23 de julio de 2015 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, en el rollo de apelación 9398/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 437/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Sevilla. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Javier representado por el procurador don Evencio Conde de Gregorio. No se ha personado la parte recurrida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora doña María Dolores Bernal Gutiérrez, en nombre y representación de don Javier, interpuso demanda de divorcio contencioso contra doña Elisenda. El suplico de la demanda es como sigue: «SOLICITO AL JUZGADO, tenga por presentado este escrito, con las copias y documentos que se acompañan, lo admita, por personada y parte a la Procuradora que suscribe, entendiéndose conmigo las sucesivas actuaciones, por interpuesta demanda de divorcio contencioso, y previos los trámites legales procedentes, se dicte Sentencia por la que se declare la disolución por divorcio del matrimonio contraído por Don Javier y Doña Elisenda y, se acuerde las siguientes medidas que deberá regir el divorcio:

»1º.- La salida de la Sra. Elisenda del que constituyó el domicilio conyugal y que es propiedad privativa de mi mandante, sito en la CALLE000 número NUM000, NUM001 de Sevilla, pudiendo dicha señora establecer su nuevo domicilio familiar en la finca de su propiedad o donde considere.

»2º Se inventarié el mobiliario y el ajuar doméstico existente en el domicilio familiar, atribuyéndose el uso del mismo al titular de la vivienda; no obstante, en aquellos elementos que exista duplicidad podrá la demandada, una vez inventariados, destinarlos al uso de su destino desplazándolos al inmueble que constituya su domicilio habitual en caso de que careciera de ellos.

»3º La retirada del domicilio conyugal, por parte de la Sra. Elisenda y previo inventario, de sus objetos personales y los de su exclusiva pertenencia.»

2.- Por Decreto de 23 de abril de 2013, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.



3.- La procuradora doña María Ángeles Rodríguez Piazza, en nombre y representación de doña Elisenda , contestó a la demanda formulada de contrario formulando así mismo demanda reconvenional y suplicando al Juzgado:

«...tenga por personado y parte en nombre de quien comparezco, doña Elisenda y por contestada en legal tiempo y forma la Demanda instada de contrario y tras los trámites legales oportunos se dicte por S. Sría. Sentencia por la que se decrete la disolución por divorcio del matrimonio formado por mi principal y el actor, rechazando el resto de peticiones verificadas de contrario, todo ello por ser de Justicia que se pide en Sevilla, a 10 de mayo de 2013.»

El suplico de la reconvenición dice:

«...tenga por formulada demanda reconvenional contra don Javier , y tras los trámites legales oportunos, se dicte Resolución por la que acordando la Disolución de Divorcio del matrimonio, se adopten como medidas definitivas que han de regir tras dicha disolución las interesadas en el Cuarto de los Hechos de la presente, todo ello por ser de Justicia.»

4.- La representación procesal de don Javier , contestó a la demanda reconvenional y suplicó al Juzgado dictase sentencia por la que:

«...se dicte sentencia desestimando íntegramente la reconvenición formulada de contrario, no habiendo lugar a ninguno de los pedimentos planteados en la misma, con expresa condena en costas de la parte demandada por su temeridad y mala fe.»

5.- El Juzgado de primera instancia nº 23 de Sevilla dictó sentencia el 13 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«Con estimación de la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Bernal Gutiérrez en nombre y representación de don Javier declaro disuelto su matrimonio por divorcio desestimando la demanda reconvenional interpuesta por la procuradora Sra. Rodríguez Piazza en nombre y representación de Elisenda debiendo en consecuencia la misma abandonar junto con su hijo Jesús María el domicilio sito en la CALLE000 NUM000 , NUM001 de Sevilla dejándolo a disposición de la parte actora pudiendo retirar tan solo sus enseres y objetos de uso personal.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La representación procesal de doña Elisenda , interpuso contra la anterior resolución recurso de apelación, correspondiendo su resolución a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla que dictó sentencia el 23 de julio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente el recurso deducido por la representación procesal de doña Elisenda contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Sevilla, recaída en las actuaciones de que este Rollo dimana, debemos revocar dicha resolución en el único sentido de fijar en favor del hijo mayor de edad, Jesús María , y a cargo del Sr. Javier una pensión alimenticia de 200 euros mensuales, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer expresa imposición de las costas de esta segunda instancia.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

1.- La representación procesal de don Javier , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la anterior sentencia, con base en los siguientes motivos:

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC , y se estructura en dos motivos:

Primer motivo: por infracción por aplicación indebida del artículo 152.5 del Código Civil

Segundo motivo: por infracción por aplicación indebida del artículo 152.2 del Código Civil en relación con el artículo 146

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en un motivo único aunque figura como primero, al amparo del artículo 469.1.4.º Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con artículos 216 y 218.2 LEC .

2.- La Sala dictó Auto el 25 de mayo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Javier , presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 23 de julio de 2015, por la Audiencia



Provincial de Sevilla (Sección 2ª), en el rollo de apelación n.º 9398/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 437/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Sevilla.

»2.º) Queden los autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso.»

3.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 13 de septiembre de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO.- Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del presente recurso los que a continuación se exponen:

1.- Don Javier y doña Elisenda contrajeron matrimonio en Sevilla el 12 de febrero de 1978, del que tuvieron dos hijos, ambos al día de hoy mayores de edad. Florentino nacido el NUM002 de 1978 y Jesús María nacido el NUM003 de 1988.

2.- En el curso de los autos de divorcio contencioso iniciados a instancia del señor Javier, la señora Elisenda, a través de la oportuna demanda reconvenional, solicitó, por lo que aquí es de interés, pensión alimenticia de 1000 ? para el hijo Jesús María, por convivir con ella y carecer de independencia económica.

3.- El señor Javier se opuso a la citada medida en atención a la edad de Jesús María (25 años en ese momento), no encontrarse estudiando ni realizando ningún tipo de formación, no convivir en el domicilio familiar y ser económicamente independiente, pues había trabajado en una sala de fiestas de Sevilla.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó dicha pretensión reconvenional y contiene las siguientes afirmaciones de interés:

i) Ha quedado acreditado que el hijo cuenta con formación suficiente para acceder al mercado laboral. El hijo declaró en juicio que es soldador e incluso consta, por la propia declaración que prestó, que ha estado trabajando en ocasiones y que ha ayudado a su madre en la inmobiliaria.

(ii) Que es independiente y si bien actualmente se encuentra desempleado, con anterioridad ha trabajado en ocasiones y cuenta con formación suficiente para incorporarse al mercado laboral.

(iii) Que en ocasiones, según afirma en el acto del juicio, ha ayudado a su madre en la inmobiliaria, en la que también trabaja la nuera de ésta.

(iv) Que, sin embargo, no trabaja allí puesto que ello conllevaría otro sueldo más que habría que pagar ya que la nuera de su madre, según se ha dicho, trabaja en ella.

5.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación doña Elisenda, correspondiendo su conocimiento a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 23 de julio de 2015 estimatoria del mismo sobre tal medida y fijando una pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad, Jesús María, y a cargo del señor Javier, de 200 ? mensuales.

6.- La sentencia contiene las siguientes afirmaciones de interés:

(i) Que el hijo cuenta ya con 27 años de edad, ha terminado su periodo de formación y ha desempeñado trabajos ocasionales, aunque en la actualidad se encuentre desempleado.

(ii) Más adelante afirma que, aunque se dan tales hechos, no ha accedido al mercado laboral y carece de independencia económica con independencia de sus progenitores, sin que conste acreditado que sea por causas que les sean imputables

7.- La representación procesal de don Javier interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC, y se estructura en dos motivos.

El primer motivo por infracción por aplicación indebida del artículo 152.5 del Código Civil, infracción que entiende cometida porque el hijo mayor de edad no ha aplicado la debida diligencia para conseguir su independencia económica. Cita las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 2003 y 23 de febrero de 2000, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 19 de febrero de 2008.



El segundo motivo por infracción por aplicación indebida del artículo 152.2 del Código Civil en relación con el artículo 146 del mismo cuerpo legal, por cuanto no se han tenido en cuenta las circunstancias económicas acreditadas por el recurrente en el procedimiento, tanto porque su fortuna como obligado se encuentra reducida hasta el punto de no poder atender sus propias necesidades, como en relación con el concepto jurídico indeterminado de "mínimo vital" relativo al *quantum* de la pensión de alimentos que debe abonar mi mandante. Cita y extracta las sentencias de esta Sala de 10 de julio de 2015 y 19 de enero de 2015.

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en un motivo único aunque figura como primero, « (...) al amparo del artículo 469.1. 4.º Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con artículos 216 y 218.2 LEC, por cuanto que la sentencia, partiendo de unos hechos probados y reconocidos por la demandada y el propio hijo mayor de edad (como es que no trabaja en la inmobiliaria de su madre porque eso supondría otro sueldo y está empleada la novia de su hermano) concluye de manera inexplicable que "el menor carece de independencia de sus progenitores, sin que pueda estimarse que ello sea por causas que le sean imputables». En el desarrollo del motivo alega infracción de los artículos 248.3 LOPJ y 24.1 CE. Alega que no se han tenido en cuenta las pruebas obrantes en el proceso y falta de motivación.

10.- La Sala dictó Auto el 25 mayo 2016 admitiendo sendos recursos, sin que se personase en el rollo la parte recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- La sentencia recurrida reconoce en principio que el hijo cuenta ya con 27 años de edad, ha terminado su periodo de formación y ha desempeñado trabajos ocasionales, aunque en la actualidad se encuentre desempleado. Ello se compadece y no contradice lo que recoge la sentencia de primera instancia sobre la declaración del hijo, en el sentido de que ha estado trabajando en ocasiones y que ha ayudado a su madre en la inmobiliaria, puntualizando que si esto último carece de estabilidad obedece a que en la inmobiliaria trabaja una nuera de su madre y si lo hiciese él supondría otro sueldo. De ello extrae la sentencia recurrida que el hijo no haya accedido al mercado laboral, carezca, pues, de independencia económica, así como que no se deba a causas imputables a él.

2.- Es cierto que, en respuesta al esfuerzo desplegado por el recurrente en la aportación de pruebas, el tribunal de apelación debía haber sido más exhaustivo en la valoración de ellas, que peca de parca. Pero que ello sea así no significa que yerre de modo «patente» en la valoración de la prueba, porque, como se desprende de las alegaciones del recurrente en el desarrollo del motivo, combate más la valoración jurídica que la sentencia lleva a cabo, a partir de los hechos probados, que la existencia misma de éstos.

3.- En efecto la sentencia recurrida, partiendo de tales hechos, alcanza la conclusión de que el hijo mayor de edad de las partes no tiene disponibilidad económica y que no es por causa imputable a él, pero ello, que objetivamente sería impecable, debe valorarse jurídicamente, y en la conclusión que alcanza de esta naturaleza es en la que discrepa el recurrente, lo que es propio del ámbito de la casación y no de la infracción procesal.

Por tanto el motivo debe desestimarse y por ende el recurso extraordinario de infracción procesal.

Recurso de casación

TERCERO.- *Decisión de la Sala sobre el Primer Motivo.*

1.- Sostiene esta Sala que los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que éstos alcanzan "suficiencia" económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS de 5 de noviembre de 2008), afirmando la sentencia de 12 de julio de 2015 Rc. 79/2013 con cita de la de 8 de noviembre de 2012, que «por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional».

El derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado «principio de solidaridad familiar» que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 C.C); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores.

Por ello en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del código civil (STS de 19 enero 2015, Rc. 1972/2013), pues como recoge la STS de 12 febrero



2015 , se ha de predicar un tratamiento diferente «según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención».

Tal distinción es tenida en cuenta en la sentencia 603/2015, de 28 octubre .

2.- La ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socioeconómicas del momento temporal en que se postulan los alimentos. Partiendo de que el periodo de formación se encuentra finalizado, se ha negado alimentos por tener el hijo trabajo, aunque fuese precario, y en otras ocasiones por ser, aún sin tener trabajo, demasiado selectivo en las características del empleo pretendido.

Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (artículo 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata.

Esta sentencia pone el acento en la diligencia de la hija en su formación para poder acceder a un empleo, y, sin embargo, la sentencia 603/2015, de 28 octubre , niega alimentos al hijo de 25 años por haberse conducido con pasividad que no puede repercutir negativamente en su padre.

3.- Si todo ello se traslada al supuesto que se enjuicia, una valoración de la prueba más exhaustiva sobre la vida personal y laboral del hijo antes de presentarse por el progenitor la demanda de divorcio, podría haber dado luz sobre si vivió con independencia de la madre y sin convivir con ella, con empleos precarios propios de la actual realidad social de crisis económica. No obstante lo que sí consta, por el propio reconocimiento del hijo, es que ha podido tener empleo en la inmobiliaria de su madre, pero que por tener empleada a otra persona (refiere ser nuera) no era posible que pagase otro sueldo.

Tal circunstancia entiende la sala que es relevante para estimar el motivo del recurso de casación, pues no se puede olvidar que quien postula alimentos para el hijo es la madre, al amparo del artículo 93 CC , y carece de sentido y no es razonable que aduzca la dificultad del mismo para acceder a un empleo cuando precisamente ella tenía en su mano facilitárselo. Siendo ello así no puede accederse al derecho de alimentos solicitado por la madre para el hijo.

CUARTO.- Consecuencia de la estimación del recurso de casación por el anterior motivo, es que resulte innecesario entrar en el enjuiciamiento del segundo, y, asumiendo la instancia, se desestima también en esta medida el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Conforme prevén los artículos 394.1 . y 398.1 LEC procede la condena de la parte recurrente a las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por don Javier , contra la sentencia dictada con fecha 23 de julio de 2015 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, en el rollo de apelación 9398/2014 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 437/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Sevilla. **2º.-** Estimar el recurso de casación interpuesto por la citada parte contra la misma sentencia. **3º.-** Desestimar íntegramente, como consecuencia de la estimación del recurso de casación, el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Elisenda contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Sevilla **4º.-** Condenar a la parte recurrente a las costas del recurso de apelación. **5º.-** Condenar a la parte recurrente a las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito para recurrir. **6º.-** No imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con devolución del depósito para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.