



Roj: **STS 3868/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3868**

Id Cendoj: **28079110012018100628**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2018**

Nº de Recurso: **373/2016**

Nº de Resolución: **634/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 634/2018**

Fecha de sentencia: 14/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 373/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de **Justicia**: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 373/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de **Justicia**: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 634/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 14 de noviembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 184/11 y los acumulados 302/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Hermenegildo, representado ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Antonio Rodríguez Nadal, bajo la dirección letrada de don Javier Tajés Sendón; siendo parte recurrida doña Salome y doña Sara, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Martín Martín bajo la dirección letrada de doña María Eloisa Marín Varela.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de doña Salome, interpuso demanda de juicio ordinario contra Hermenegildo, en reclamación de la cantidad de 39.043,56 euros en concepto de pensión compensatoria impagada.

**1.-2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada, contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de **derecho** que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte sentencia desestimatoria con imposición de costas a la parte actora; al tiempo que formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de **derecho** estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado:

"...dicte sentencia por la que, estimando la reconvencción, declare la extinción y supresión de la pensión alimenticia establecida por el Juzgado de Primera Instancia de Noia en Sentencia de fecha 03/11/1987 a favor de Doña Salome y Doña Sara con efectos retroactivos al día 1 de enero del año 2000; con imposición de costas a la adversa."

**1.-3.-** Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de **derecho** estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado dictase resolución que desestime la reconvencción, con imposición de costas.

**1.-4.-** Con posterioridad a la audiencia al juicio se produjo la acumulación del procedimiento juicio ordinario 302/13 promovidos a instancia de doña Sara contra don Hermenegildo en reclamación de la cantidad de 25.532,35 euros en concepto de pensiones alimenticias impagadas.

**1.-5.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado presentó escrito de contestación, oponiéndose a la misma. Convocadas las partes a la preceptiva audiencia, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y realizando las manifestaciones que obran en autos, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

**1.-6.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Muros, dictó sentencia con fecha 29 de enero de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la pretensión ejercitada por la representación procesal de D.ª Salome, con imposición de costas a la misma.

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la pretensión ejercitada por la representación procesal de D.ª Sara, con imposición de costas a la misma.

"Que estimando parcialmente la demanda reconvenccional formulada por la representación procesal de D. Hermenegildo frente a D.ª Salome, debo declarar y declaro la extinción y supresión de la pensión alimenticia fijada en la Sentencia de fecha 3 de noviembre de 1987 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Noia a favor de D.ª Salome y su hija D.ª Sara, con efectos desde la fecha de la presente resolución. Cada parte abonará las cotas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

"Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, resuelve:

"1 Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante doña Salome, contra la sentencia dictada el 29 de enero de 2015 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 184-2011, al que se



acumularon los autos del procedimiento ordinario tramitados ante el mismo Juzgado bajo el número 302-2013 promovido por doña Sara , siendo demandado en ambos don Hermenegildo .

"2º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación deducido en nombre de la demandante doña Sara contra la mencionada resolución.

"3º.- Se desestima la impugnación formulada en nombre del demandado don Hermenegildo contra la mencionada resolución.

"4º.- Se revoca parcialmente la sentencia apelada; y en su lugar:

"(a) Estimando parcialmente la demanda formulada por doña Salome , debemos declarar y declaramos que don Hermenegildo deberá abonar a doña Salome el importe de la mitad de la prestación alimenticia establecida en la sentencia de 3 de noviembre de 1987, correspondiente a los meses de noviembre de 2002 a enero de 2015, ambos inclusive, partiendo de que en noviembre de 2002 el importe de la mensualidad ascendía a 323,82 euros, debiendo aplicarse las actualizaciones anuales conforme a lo mandado en la sentencia indicada, cuya cantidad se determinará en ejecución de sentencia; condenando a don Hermenegildo al pago de la cantidad a determinar, que devengará el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a contar desde su determinación.

"b) Estimando parcialmente la demanda formulada por doña Sara , debemos declarar y declaramos que don Hermenegildo deberá abonar a su hija doña Sara el importe de la mitad de la prestación alimenticia establecida en la sentencia de 3 de noviembre de 1987, correspondiente a los meses de noviembre de 2002 a enero de 2015, ambos inclusive, partiendo de que en noviembre de 2002 el importe de la mensualidad ascendía a 323,82 euros, debiendo aplicarse las actualizaciones anuales conforme a lo mandado en la sentencia indicada, cuya cantidad se determinará en ejecución de sentencia; condenando a don Hermenegildo al pago de la cantidad a determinar, que devengará el interés legal a contar desde la presentación de la demanda acumulada en cuanto a las mensualidades anteriores a su presentación, con aplicación del interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la determinación de la cantidad total adeudada.

"(c) Debemos confirmar y confirmamos el pronunciamiento por el que se declara la extinción de la prestación alimenticia fijada en la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1987, con efectos desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

"(d) No se imponen las costas ocasionadas en la primera instancia.

"5º.- No se imponen las costas devengadas por los recursos de apelación, imponiéndose las correspondientes a la impugnación al impugnante don Hermenegildo .

"6º.- Notifíquese esta resolución a las partes, con indicación de que contra la misma, al dictarse en un procedimiento tramitado por razón de la cuantía, superando esta 3.000 euros y no excediendo de 600.000 euros, 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. 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 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, y los reiterados criterios jurisprudenciales sobre admisión de recursos. 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 Español de Crédito, S.A.", con la clave 1524 0000 06 0324 15 para el recurso de casación, y con la clave 1524 0000 04 0324 15 para el recurso extraordinario por infracción procesal. Estarán exentos de constituir el depósito si acreditasen documentalmente que se les ha reconocido el **derecho**



a la asistencia jurídica **gratuita**, al no constar en autos copia de las resoluciones de la Comisión de Asistencia Jurídica **Gratuita**.

"7º.- Firme que sea la presente resolución, líbrese certificación para el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Muros, con devolución de los autos."

**TERCERO.-** La procuradora doña Cristina Pedrosa Candamo, en nombre y representación de don Hermenegildo , interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado en los siguientes motivos:

- 1.- Por infracción del artículo 7.2 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta.
- 2.- Por infracción del artículo 7.1 CC y de la jurisprudencia.
- 3.- Por infracción de los artículos 146 y 152, 2, 3 y 5 CC y de la jurisprudencia.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 13 de junio de 2018 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, doña Salome y doña Sara , que se opusieron a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Paloma Martin Martin.

**QUINTO.-** No habiéndolo solicitado las partes ni considerándolo preciso el tribunal, se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2018. Por providencia de 19 de septiembre siguiente se concedió a las partes un plazo para alegaciones sobre la posible inadecuación del procedimiento seguido y, una vez cumplimentado, se señaló para nueva votación y fallo el día 6 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Salome interpuso demanda con fecha 6 de junio de 2011 contra su ex marido don Hermenegildo , reclamando los alimentos fijados en sentencia de separación dictada con fecha de 3 de noviembre de 1987 en favor de ella y de su hija, entonces menor, exponiendo que el demandado nunca había abonado cantidad alguna en concepto de alimentos desde el mes de noviembre de 2002 hasta el mes de junio de 2011, con un importe de 39.043,46 euros.

Por su parte la hija del demandado, doña Sara , interpuso demanda de juicio ordinario, que se acumuló a la anterior, en la que reclamaba a su padre la suma de 25.532,35 euros en concepto de alimentos por la parte que a ella correspondía.

El demandado formuló oposición a las reclamaciones formuladas, alegando la falta de legitimación de la hija para reclamar ya que cuando se dictó la sentencia tenía quince años y ahora tiene cuarenta y un años y que, además, ha trabajado para varias empresas y entidades, siendo titular de un vehículo y con diversos saldos en cuentas bancarias.

La sentencia de primera instancia desestimó las dos demandas ejercitadas por apreciar **abuso de derecho** ya que ambas reclamantes cuentan con medios de subsistencia propios.

Formulado recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las recurrentes, en el sentido de revocar parcialmente la sentencia apelada con reconocimiento de las cantidades solicitadas por ambas demandantes cuya acción de reclamación no se había extinguido.

La Audiencia, tras examinar la prueba practicada, parte de que el demandado reconoce no haber pagado nunca cantidad alguna en concepto de alimentos impuestos a la parte por la sentencia de separación, dejando en la más absoluta penuria económica a su hija, entonces menor de edad, y a su esposa. Considera que la prueba practicada pone de manifiesto que la hija no ha superado el estado de necesidad que justificó la imposición en su día de una pensión alimenticia, pues tuvo que dejar de estudiar a los dieciséis años y comenzar a trabajar en trabajos manuales, poco cualificados y esporádicos, porque su padre no cumplía con su obligación de procurarle alimentos, sin que resulte probado que se incorporase al mercado laboral de una forma más o menos estable, ni que tenga autonomía económica, por lo que no puede sostenerse la existencia de **abuso** o ejercicio anormal del **derecho** en la reclamación de las cantidades no prescritas. También afirma que por el demandado no se ha solicitado en tiempo y forma la modificación de la medida consistente en la pensión alimenticia por razón de una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su establecimiento, como tampoco su extinción.

Contra dicha sentencia recurre en casación el demandado don Hermenegildo .

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se funda en tres motivos. El primero, por infracción del artículo 7.2 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, por considerar que de acuerdo con los hechos



probados existe una situación de **abuso del derecho**, pues la separación del matrimonio tuvo lugar en fecha 3 de noviembre de 1987 sin que el recurrente hubiera abonado la pensión en ningún momento, por lo que al producirse la reclamación en 2011, transcurridos más de veinte años, nos encontraríamos ante un uso anormal del **derecho**, una extralimitación en su ejercicio, que se convierte en abusivo, pues se reclamaría de forma extemporánea el abono de una cantidad inasumible por el recurrente por su capacidad económica, máxime cuando en el año 2003 contaban las demandantes, ahora recurridas, con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades.

El segundo se formula por infracción del artículo 7.1 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, por entender que, tras un larguísimo período de pasividad e inactividad -más de veinte años sin reclamación alguna- se habría creado una confianza legítima de que no iba a ser ejercitado, por lo que concurriría mala fe y retraso desleal.

El tercero de los motivos denuncia la infracción de los artículos 146 y 152, 2, 3 y 5 CC, en consonancia con la doctrina del **abuso del derecho** y del enriquecimiento injusto, pues transcurridos veinte años habría desaparecido la necesidad y también el **derecho** a reclamar los alimentos.

**TERCERO.-** Esta sala ha planteado a las partes la posible inadecuación de procedimiento puesto que la reclamación del pago de una pensión de alimentos establecida en sentencia firme -en este caso dictada en el año 1987- se ha formulado a través de un proceso declarativo que comportaría, por un lado, la consecuencia de evitar la caducidad de cinco años propia de la acción ejecutiva ( artículo 518 LEC), que en este supuesto arrancararía de la fecha de exigibilidad de cada una de dichas pensiones y, por otra parte, la de abrir la posibilidad de acudir a los recursos extraordinarios -como el presente- a los que no tienen acceso las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución.

No obstante, concurre en el caso la particularidad de que, previamente a la interposición de la presente demanda en fecha 6 de junio de 2011, se intentó la ejecución de lo acordado en la sentencia de separación y se obtuvo un pronunciamiento judicial que declaró la caducidad de la acción ejecutiva entablada mediante auto dictado por la Audiencia Provincial de Coruña de fecha 23 de abril de 2010. De ahí que la reclamación actual sea a partir del año 2002, pues según se razona en la demanda, iniciada la ejecución anterior en 2007, cabía reclamar las pensiones correspondientes a los cinco años anteriores. En consecuencia, el **derecho** a la tutela judicial efectiva de la parte demandante exige que ahora se dé un pronunciamiento sobre lo solicitado.

**CUARTO.-** Se ha de partir de que la reclamación se realiza sobre una pensión establecida en el año 1987 de la que resultaba beneficiaria la esposa y que se había fijado para alimentos propios y de la hija menor, lo que significa que en todo caso la posibilidad de reclamación correspondería a la madre beneficiaria y no a la hija ya que ésta -mayor de edad- únicamente podría reclamar por sí frente al padre los alimentos que necesitara de conformidad con lo dispuesto por los artículos 142 y ss. del Código Civil, previa declaración judicial de su procedencia.

En cualquier caso, la pensión de alimentos se fija en atención a las necesidades existentes en cada momento, siendo revisable cuando varíen las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante. No cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del **derecho** conforme a las reglas de la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago.

Hay que tener en cuenta que, establecida la obligación de pago de la pensión en el año 1987, no se produce la primera reclamación hasta el año 2007 (Ejecución de Títulos Judiciales n.º 334/2007 del Juzgado de Primera Instancia de Muros), cuando ya habían transcurrido veinte años desde que se había dictado la sentencia de separación matrimonial. El decaimiento del **derecho** por su falta de uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el **derecho** se ejercita de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 del Código Civil.

Se falta así a la buena fe en el ejercicio de los **derechos** y se vulnera la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de esta sala que se citan (núm. 369/2012, de 18 junio, 970/2011, de 9 enero 2012, 872/2011, de 12 diciembre, 373/2007, de 10 de noviembre, 974/2007, de 21 de septiembre, entre otras).

Como señala la sentencia núm. 769/2010, de 3 diciembre,

"según la doctrina, la buena fe "impone que un **derecho** subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el **derecho** ya no se ejercitará". (...) Es decir, lo que se sanciona en el art. 7 CC es una conducta contradictoria del titular del



**derecho**, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación. Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkung): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el **derecho**; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios ( SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del **abuso del derecho** (entre otras, SSTs 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas) ".

**QUINTO.**- En consecuencia procede la estimación del recurso y casar la sentencia recurrida, lo que comporta que se entienda extinguido el **derecho** de pensión establecido en la sentencia de 3 de noviembre de 1987, tal como solicitaba el recurrente en la formulación de su reconvención.

**SEXTO.**- La estimación del recurso comporta que no se haga especial declaración sobre costas causada por el mismo y se devuelva el depósito constituido para su interposición ( artículo 394 y 398 LEC). Tampoco se hace especial declaración sobre las costas causadas en las instancias ya que se aprecian razones suficientes de **derecho** para hacer uso de la facultad que en este sentido se concede a los tribunales por los indicados artículos, teniendo en cuenta que en realidad se ha producido por el ahora recurrente un incumplimiento de la obligación de pago de la pensión desde que se estableció.

## FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Hermenegildo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.ª) en Rollo de Apelación n.º 324/2015 con fecha 20 de noviembre de 2015.

2.º- Desestimar ambas demandas, interpuestas por doña Salome y doña María Sara , declarando extinguida la pensión establecida a favor de las demandantes en sentencia de separación matrimonial de 3 de noviembre de 1987 cargo del hoy recurrente.

3.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso, con devolución del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.