



Roj: **SAP O 2885/2021 - ECLI:ES:APO:2021:2885**

Id Cendoj: **33044370062021100308**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **10/09/2021**

Nº de Recurso: **265/2021**

Nº de Resolución: **308/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME RIAZA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION SEXTA**

#### **OVIEDO**

SENTENCIA: 00308/2021

Modelo: N10250

CALLE CONCEPCION ARENAL NUMERO 3-4º PLANTA-

**Teléfono:** 985968755 **Fax:** 985968757

**Correo electrónico:**

**N.I.G.** 33037 41 1 2020 0000634

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000265 /2021**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000213 /2020

Recurrente: Marco Antonio

Procurador: JAVIER FERNANDEZ-VIGIL FERNANDEZ

Abogado: BEATRIZ RODRIGUEZ ZAPICO

Recurrido: Nuria

Procurador: FRANCISCO JAVIER GONZALEZ GONZALEZ DE MESA

Abogado: DANIEL SANCHEZ BAYON

#### **RECURSO DE APELACION (LECN) 265/21**

En OVIEDO, a diez de Septiembre de dos mil veintiuno. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D. Jaime Rianza García, Presidente, D<sup>a</sup>. Marta María Gutiérrez García y D<sup>a</sup> María Carolina Serrano Gómez, Magistradas; han pronunciado la siguiente:

#### **SENTENCIA N° 308/21**

**En el Rollo de apelación núm. 265/21**, dimanante de los autos de juicio civil Modificación de Medidas, que con el número 213/20 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de DIRECCION000, siendo apelante Sr. Marco Antonio, demandante en primera instancia, representado por el Procurador DON JAVIER FERNANDEZ-VIGIL FERNANDEZ y asistido por la Letrada DOÑA BEATRIZ RODRIGUEZ ZAPICO; y como parte apelada Sr. Nuria, demandada en primera instancia, representada por el Procurador DON FRANCISCO JAVIER GONZALEZ GONZALEZ DE MESA y asistida por el Letrado DON DANIEL SANCHEZ BAYON; **ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Presidente Don Jaime Rianza García.**



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 dictó sentencia en fecha 17 de Marzo de 2021 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*"Que desestimando la demanda de modificación de medidas interpuesta por el Sr. Procurador Javier Fernández-Vigil Fernández, en nombre y representación de don Marco Antonio, frente a doña Nuria, representada por el Sr. Procurador Tomás García Cosío Álvarez, no ha lugar a modificar las medidas acordadas en Sentencia de 5 de mayo de 2015 (autos de divorcio de mutuo acuerdo 117/2015) de este Juzgado.*

*Sin especial pronunciamiento en materia de costas causadas."*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 07.09.2021.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta al amparo de los artículos 91, 93 y 152 del Cc. razonando en síntesis que, pese a tener veintinueve años cumplidos, la primogénita carecía de estabilidad laboral y realizaba un estudio de posgrado por lo que seguía precisando el auxilio paterno, al igual que el otro hijo, con el añadido de que este aún no había accedido al primer empleo, sin que fuera relevante que ambos hubieran roto todo contacto con el alimentante en la medida que no constaba que tal situación fuera imputable exclusivamente a la voluntad de aquellos.

Interpone recurso el demandante por error en la valoración de la prueba sobre este último particular e infracción del artículo 152 del Cc. en lo restante criticando que la sentencia hubiera ignorado que la mayor estuviera trabajando en su profesión desde marzo de 2021 y que el varón, que solo era un año menor que su hermana, no había trabajado nunca, pese a haber abandonado los estudios en fecha temprana.

**SEGUNDO.-** Ciertamente el derecho a recibir **alimentos** exige la correlativa implicación del alimentista en la pronta terminación de los estudios en que esté inmerso, o en la inmediata búsqueda de un empleo a la conclusión la etapa de formación, tanto si esto se produce de forma natural con la obtención del título correspondiente, como si tiene lugar por el abandono de los estudios pues, en ese caso, el acreedor a los **alimentos** está obligado a procurarse un empleo acorde con el nivel académico alcanzado.

Con todo, esa implicación debe valorarse caso por caso, teniendo en cuenta las posibilidades de cada individuo y la dificultad objetiva del empeño, de manera que no resulta desmentida por el simple hecho de que el alumno no haya conseguido terminar su formación en el ciclo académico ideal, aunque por supuesto tampoco basta la formalidad administrativa del pago de la matrícula correspondiente.

Desde esa premisa debe decirse que el varón tiene veintiocho años y acredita estudios de bachillerato, por lo que debe entenderse que dio por concluida su etapa de formación hace años y por tanto debería haber iniciado la búsqueda inmediata de un empleo que le permitiera atender sus propias necesidades; sin embargo no consta que estuviera inscrito como demandante de empleo y, a mayor abundamiento, tampoco justifica que en la actualidad esté preparando oposiciones a Correos, como se dice en la contestación a la demanda, porque el documento aportado a tal efecto refleja exclusivamente que cinco meses después que interpuesta la demanda el alimentista ha formalizado una solicitud para ser admitido a una prueba para reparto motorizado del servicio de Correos, sin que conste el temario o contenido teórico exigido al respecto; es más, si tal temario superaba sus conocimientos y por tanto precisaba continuar estudiando es claro que debería hacerlo a sus expensas, esto es simultaneando ese quehacer con el desempeño del empleo, profesión u oficio a que pudiera aspirar con la titulación que ya tenía.

Parecida conclusión debe alcanzarse en relación a los estudios de posgrado iniciados por la primogénita cuatro años después de haber obtenido el título de magisterio, en tanto no consta que fueran imprescindibles para el acceso a un empleo acorde con aquella titulación y por tanto si la alimentista deseaba mejorar su curriculum debería hacerlo a sus propias expensas.

**TERCERO.-** Continuando con el examen de las causas invocadas en la demanda recordaremos que para dar por extinguida la obligación alimenticia tampoco basta que el hijo o descendiente haya terminado su formación y esté en disposición de desempeñar una profesión, empleo u oficio, sino que será necesario que efectivamente haya tenido posibilidad de ejercerla incorporándose al mundo del trabajo pues, como dicen las sentencias del



TS de 31 de diciembre de 1942 y 5 de noviembre de 1984 la declaración contenida en el artículo 152.3º del Cc. no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias del solicitante.

Sin embargo también hemos significado que poco importa que el empleo o empleos obtenidos por el alimentista sean temporales, siempre y cuando en las fechas próximas a la iniciación del procedimiento no existan importantes vacíos no cubiertos con las prestaciones de desempleo, de forma que pueda establecerse con razonable certeza que el alimentista dispone regularmente de medios con los que sufragar sus propias necesidades, pues en tal caso el artículo 152 del Cc. provocará el cese de la obligación de dar **alimentos**; ahora bien, del mismo modo hemos señalado que debe evitarse atender en exclusiva a la situación existente a la fecha de presentación de la demanda si la misma no tiene mínimos visos de estabilidad, a fin de evitar a las partes un auténtico rosario de procedimientos de suspensión y restauración del auxilio alimenticio; en definitiva se trata de valorar la situación en un horizonte temporal más amplio, de forma que no solo se constate que el alimentista obtiene en ese momento recursos que le permiten atender sus necesidades vitales de alimentación, vestido y habitación, sino que pueda preverse que, administrados con prudencia, podrá seguir haciéndolo en el futuro inmediato; en esas condiciones, procederá extinguir la pensión alimenticia, sin perjuicio que, de invertirse esa tendencia, surja para el alimentista el derecho a solicitar nuevamente el auxilio de sus progenitores.

En el supuesto que nos ocupa consta que la primogénita viene siendo contratada por la Consejería de Educación del Principado de Asturias para hacer sustituciones, amén de otras colaboraciones esporádicas con otra empresa durante la temporada estival desde hace tres años; cabe suponer que, aun cuando todavía no ha consolidado un empleo estable, sí será llamada con mayor frecuencia y por tanto dispondrá de similares recursos que el alimentante, cuya vida laboral indica que desde el 2020 depende exclusivamente de la pensión por incapacidad para su ocupación habitual, pues ha perdido el empleo que tuvo con la compañía Atenor Instrumental Internacional los dos años anteriores; así las cosas debe entenderse que el salario anual de la alimentista debería permitirle prescindir del auxilio paterno, sin perjuicio de reclamarlo nuevamente si se reproduce la situación de necesidad por causa que no sea imputable a la alimentista.

La situación del segundo hijo es distinta porque en este caso no consta que disponga de recurso propio, pero el bagaje probatorio aportado a este respecto evidencia la despreocupación del alimentista en la búsqueda activa de empleo, cuando tal circunstancia es presupuesto inexcusable para examinar si procede prorrogar la obligación de darle **alimentos**; en este orden de cosas debe puntualizarse que tampoco consta que sufra minusvalía o enfermedad incapacitante que restrinja sus oportunidades laborales y justifique que a estas alturas no haya podido aprovechar ninguna de las ofertas del mercado laboral y por tanto se disiente de la conclusión alcanzada en la instancia reputando que la situación de necesidad le es enteramente imputable.

**CUARTO.-** Por último debe significarse que la sentencia del TS de 19 de febrero de 2019 precisó que el apartado cuarto del artículo 152 del Cc. debe ponerse en relación con el art. 853 CC, que prevé que serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el art. 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º, y 6.º, los siguientes: "2.º Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".

En este orden de cosas la sentencia 258/2014, de 3 de junio, calificó el maltrato psicológico como justa causa de desheredación, razonando esta debía ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, tomando en consideración que nuestro ordenamiento jurídico se inspira, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales ( artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004"

Dicha sentencia precisa que una cosa es que las causas de desheredación sean tasadas y otra distinta que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

Sin embargo, el TS advirtió que para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos era, de modo principal y relevante, imputable a éstos.

Pues bien, es pacífico que en efecto los alimentistas ya rechazaban todo contacto con su padre al tiempo del divorcio sin que, teniendo en cuenta su edad, madurez personal y grado de formación pueda admitirse la excusa del temor por su integridad física o moral; cabe presumir que el alimentante tendrá alguna responsabilidad en ese status quo y en todo caso no se ha ofrecido prueba alguna de que haya hecho algún intento serio de reconciliación cuyo rechazo hubiera podido ser examinado por este Tribunal para dilucidar su trascendencia



en orden a una consecuencia tan drástica como la extinción de la obligación de dar **alimentos**, de manera que en este punto se participa de la conclusión alcanzada en la instancia, aunque ello no impida que se estimen las otras causas invocadas en la demanda para obtener ese mismo efecto.

**QUINTO.-** De conformidad con el artículo 398 de la L.E.C., no se hará especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por **D. Marco Antonio** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 en los autos de que este rollo dimana revocamos dicha resolución declarando extinguida su obligación de dar **alimentos** a sus hijos mayores de edad; no se hace especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia y devuélvase al apelante el depósito constituido para recurrir.

Así por esta su sentencia contra la que cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación, lo pronuncia, manda y firma el Tribunal.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.