



Roj: **SAP MA 2117/2018 - ECLI:ES:APMA:2018:2117**

Id Cendoj: **29067370062018100594**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **1672/2017**

Nº de Resolución: **444/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PILAR RAMIREZ BALBOTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO DIECISEIS DE MALAGA

JUICIO DE DIVORCIO CONTENCIOSO NÚMERO 1601 /2016.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 1672 /2017.

SENTENCIA N° 444 /2018

Ilmas. Sras.

Presidente:

DOÑA INMACULADA SUÁREZ BÁRCENA FLORENCIO

Magistradas:

DOÑA MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ BALBOTE

DOÑA CARMEN MARÍA PUENTE CORRAL

En la Ciudad de Málaga, a diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Divorcio Contencioso número 1601/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis de Málaga, seguidos a instancia de Don Pedro Miguel representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Carolina Parra Ruiz y defendido por la Letrado Doña María Aranzazu Redondo Pérez contra Dña. Claudia , representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don Juan Manuel Medina Godino y defendida por el Letrado Don Sebastián Pacheco Gámez actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Málaga dictó Sentencia de fecha 24 de Mayo de 2017 , en los Autos de Divorcio Contencioso N.º 1601 /2016 del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: "... **FALLO**. - Que **estimando parcialmente la demanda** interpuesta por don Pedro Miguel , representado por la Procuradora de los Tribunales SRa. Parra Ruiz, frente a doña Claudia representada por el Procurador de los Tribunales SR. Medina Godino, debo decretar y decreto la disolución por CAUSA DE DIVORCIO del matrimonio formado por Pedro Miguel y Claudia , **celebrado el día 20-12-1986 en DIRECCION000 (Málaga)** , con los efectos legales inherentes a dicha declaración, con simultánea disolución del régimen económico matrimonial vigente hasta la presente resolución.

Se ratifican y se establecen como medidas definitivas las establecidas en la sentencia de separación judicial de 17-10-2012 que aprobó el Convenio Regulador de 12-9-2012 suscrito por las partes.



Cada parte abonará las costas procesales causadas a su instancia..."

SEGUNDO .- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el demandante, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde, no habiendo sido propuesta prueba ni estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 16 de mayo de 2018, quedaron las actuaciones conclusas para Sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.^a MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ BALBOTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate la sentencia dictada en primera instancia la representación procesal de la parte demandante en disconformidad con la desestimación de la extinción de la pensión alimenticia por importe de 400,00 euros a favor de su hijo mayor de edad, Celso , en base a los siguientes motivos : Primero : Infracción de normas procesales y garantías procesales. art 209 , art 216 , art 218 1 y 2 , art 227 1 de la LEC , Art 238. 3 de la LOPJ Art 225. 3 de la LEC y art 24 de la constitución Española . Falta de Motivación de la sentencia e Incongruencia, por cuanto afirma que la sentencia dictada no contiene pronunciamientos con respecto a todas las pretensiones deducidas , adolece de una falta de razonamiento fáctico y jurídico, error en la apreciación y valoración de la prueba así como una falta de aplicación e interpretación del derecho sobre un punto objeto del litigio omisiones que produce una indefensión y violación del principio constitucional recogido en el art. 24 de la C.E . Afirma que la sentencia no se pronuncia en cuanto a los motivos de la extinción de la pensión interesada, no basados exclusivamente en el hecho de que su hijo no trabaje ni estudie, sino en la compensación alegada, pues se esta haciendo cargo en exclusividad de los gastos inherentes a la formación, habitación y alimentos de su hija Hortensia , mayor de edad, quien se encuentra cursado estudios sin independencia económica, sin que la sentencia contenga pronunciamiento al respecto, pronunciamiento que era procedente en derecho cuando cada progenitor se esta haciendo cargo de un hijo, siendo de aplicación la compensación alegada, motivo por si suficiente para dar lugar a la supresión de la pensión interesada. Segundo. -Error por inaplicación del artículo 90 y 91 del C Civil , así como del art. 100 y 101 del mismo cuerpo legal . Artículo 145 CC . Inaplicación del artículo 217.3. 7. Error en la apreciación de la Prueba. Error en la carga de la Prueba y aplicación Indevida del artículo 142 y 143 y 144 del C Civil , por cuanto afirma que la obligación de prestar alimentos a los mayores de edad esta supeditada a la necesidad del hijo, bien este estudiando, bien buscando activamente empleo o bien realizando sus primeros trabajos, sin que en el caso que nos ocupa concurren estas circunstancias, pues nada se ha acreditado al respecto , correspondiendo la carga de la prueba a la parte demandada quien debió acreditar una búsqueda activa de trabajo, la imposibilidad de encontrar trabajo o encontrarse en etapa de formación, correspondiendo por tanto a Doña Claudia , como beneficiaria de la pensión de alimentos a favor de su hijo, acreditar que el hecho de no haber accedido al mercado laboral o cursar estudios es por motivo que se lo impida , no habiéndolo hecho, debiendo cesar la obligación de prestar alimentos cuando el hijo mayor de edad puede ejercer un oficio, profesión o industria, tal y como dispone el artículo 152 del Código Civil , alegando a mayor abundamiento la concurrencia de todos los requisitos que conforme al artículo 100 y 101 del Código Civil se requieren para extinción de la pensión, cualquiera que sea la duración de esta, dado que con posterioridad se ha producido una modificación relevante, permanente y ajena a la voluntad de quien la insta, volviendo a insistir en el hecho de hacerse cargo de todos los gastos de la otra hija, sin que contribuya a su sostenimiento la madre quien afirma viene igualmente obligada . Por todo ello solicita se dicte sentencia con acogimiento de los motivos articulados por infracción de normas procesales y garantías recogidas en el motivo primero revocando la sentencia y declarando la nulidad de la misma y subsidiariamente para el caso de no admitirse se dicte sentencia en cuando al fondo revocando igualmente la sentencia recurrida y estimando el recurso de apelación acordando la supresión de la pensión de alimentos a favor de Don Celso .

Por su parte tanto la representación de la demandada se opone al recurso deducido de contrario en base a las alegaciones que formulan limitadas a afirmar la improcedencia de los motivos de apelación expuestos e interesando la confirmación de la sentencia dictada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Habiéndose solicitado por el apelante en primer lugar la nulidad de la sentencia dictada por infracción de normas procesales y garantías causantes de indefensión procede analizar este primer motivo. Se denuncia vulneración del art 209 , art 216 , art 218 1 y 2 , art 227 1 de la LEC , Art 238. 3 de la LOPJ Art 225. 3 de la LEC y art 24 de la constitución Española ; Falta de Motivación de la sentencia e Incongruencia, pues se afirma que la sentencia dictada no contiene pronunciamientos con respecto a todas las pretensiones deducidas , adolece de una falta de razonamiento fáctico y jurídico, error en la apreciación y valoración de la prueba así como una falta de aplicación e interpretación del derecho sobre un punto objeto del litigio, omisiones



que produce una indefensión y violación del principio constitucional recogido en el art. 24 de la C.E . Afirma que la sentencia no se pronuncia en cuanto a los motivos de la extinción de la pensión interesada, no basados exclusivamente en el hecho de que su hijo no trabaje ni estudie, sino en la compensación alegada pues se esta haciendo cargo en exclusividad de los gastos inherentes a la formación, habitación y alimentos de su hija Hortensia , mayor de edad, quien se encuentra cursado estudios no habiendo alcanzado independencia económica, sin que la sentencia contenga pronunciamiento al respecto, cuando cada progenitor se esta haciendo cargo de un hijo, siendo de aplicación la compensación alegada, razón por si suficiente para la supresión de la pensión interesada.

Este primer motivo procede ser rechazado por cuanto no se aprecia por esta Sala la concurrencia de los vicios alegados de incongruencia y falta de motivación causantes de indefensión que invoca el apelante. Conviene recordar que la incongruencia, como manifestación del quebrantamiento del Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva, presenta como elemento definidor el desajuste entre la cuestión planteada en el proceso y la solución que a la misma se da por el órgano jurisdiccional, y, en este sentido, para que pueda predicarse la existencia de incongruencia en su modalidad omisiva ha de comprobarse si la cuestión fue suscitada en el momento procesal oportuno y si la ausencia de contestación por el órgano judicial ha generado indefensión (STC56/1996), debiendo valorarse, a estos efectos, si razonablemente puede interpretarse el silencio judicial como una desestimación tácita (SSTC 4/1994 , 169/1994 y 30/1998). asimismo es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes en apoyo de sus pretensiones y éstas en sí mismas consideradas, dado que, "respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho referido una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita, y no una omisión, que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (SSTC 56/1996 y la de 18 de Mayo de 1998). No obstante ha de indicarse que la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo viene señalando que los motivos de " falta de motivación " y de " incongruencia " en las Sentencias, son distintos, sin que sea dable argumentar sobre ellos amalgamándolos por las imprecisiones y vaguedades en que se incurre; una Sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y, cabe que pese a estar motivada la Sentencia sea incongruente (Sentencias de 1 de diciembre 1998 , 25 de enero y 2 de marzo de 1999).

El artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón, habiendo puesto de relieve una reiterada doctrina constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución se satisface con una resolución fundada en Derecho que aparezca suficientemente motivada, pero ha de advertirse que la amplitud de la motivación de las sentencias ha sido matizada por la doctrina constitucional indicando que "no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión" (STC 14/1991), La exigencia de la motivación que podría considerarse implícita en el sentido propio del citado art. 24.1CE aparece terminantemente clara en una interpretación sistemática que contemple dicho precepto en su relación con el art. 120.3 CE (Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1991 , 28/1994 , entre otras). Requisito que se cumple incluso aunque la fundamentación jurídica puede calificarse de discutible, resolución que, lógicamente, no ha de ser necesariamente favorable para los intereses del recurrente, pues el derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a obtener una *sentencia favorable* [Ts. 8 de julio de 2011 (Roj: STS 4869/2011, recurso 31/2007) , 9 de diciembre de 2010 (Roj: STS 6534/2010, recurso 1203/2007) , 30 de noviembre de 2010 (Roj: STS 7196/2010, recurso 1275/2007)]. Por tanto reiteramos como la exigencia constitucional de motivación no impone "una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate" [*sentencia del Tribunal Constitucional 101/1992 y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011 (resolución 725/2011, en el recurso 1429/2008) , 2 de mayo de 2011 (Roj: STS 2844/2011 , recurso 2084/2007) , 29 de septiembre de 2010 (Roj: STS 5146/2010 , recurso 594/2006)] Debiéndose distinguir entre la falta de motivación, como infracción de una norma procesal reguladora de la sentencia que incluso tiene alcance constitucional por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 24 y 120 de la Constitución Española), y la presencia de una motivación que no convence a la parte por dar lugar a un resultado contrario a sus pretensiones. La disconformidad del recurrente con la motivación de la sentencia impugnada no puede*



presentarse por tanto como falta de motivación de la propia sentencia [*sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 (Roj: STS 5086/2011, recurso 1982/2007)* , *21 de junio de 2011 (Roj: STS 4262/2011, recurso 843/2008)* , *8 de julio de 2011 (Roj: STS 4869/2011, recurso 31/2007)* ,] ni como vulneración de la lógica intrínseca que ha de tener la sentencia en si. Lo que realmente ocurre en el supuesto que nos ocupa es que la apelante está en desacuerdo con el resultado de la valoración de la prueba y asimismo en relación con las cuestiones controvertidas,

Es cierto que el pronunciamiento contenido en la sentencia no se hace una referencia detallada y extensiva a cada uno de los argumentos expuestos por la parte demandante en los que basa su pretensión de extinción de la pensión alimenticia ni a cada uno de los hechos o presupuestos alegados ni se hace una la valoración y alcance de las pruebas planteadas con respecto a cada uno de ellas, si bien se expone en el fundamento de derecho tercero de la resolución de la sentencia apelada las razones por las cuales desestima las pretensiones del apelante con respecto a la modificación de medidas acordadas en el convenio regulador suscrito con fecha 10-09. 2012, objeto de aprobación en la sentencia dictada con fecha 17- 10- 2012 en los autos de separación nº 1152/2012 a las que posteriormente nos referiremos y en concreto los motivos por los cuales tras el análisis de las pruebas practicadas entiende la juez a quo que no puede ser objeto de extinción la pensión alimenticia establecida en favor del hijo común Celso nacido el NUM000 del 1993, al entender en esencia, por las razones que expone , que no constar acreditada la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su establecimiento por las partes, esto es la acreditación de las circunstancias y datos fácticos tenidos en cuenta por los contendientes para establecer el concreto contenido del clausulado convencional que han quedado absolutamente huérfanas de toda prueba , por lo que por demás el necesario juicio comparativo entre las circunstancias originales y las actuales resulta inviable."

Todo lo cual nos lleva a desestimar este motivo de apelación pues en la sentencia recurrida se resuelven los puntos litigiosos y se dan respuestas a las pretensiones planteadas por las partes razonándolas debidamente, sin que la desestimación de las pretensiones del apelante determine incongruencia, ni falta de pronunciamiento sobre la compensación alegada no incurriendo en falta de motivación ni es contraria a las reglas de la lógica y la razón. pues basta y reiteramos una mera lectura de la resolución apelada para comprender cuáles han sido los criterios jurídicos que han fundamentado la decisión desestimatoria en relación con la extinción de la pensión interesada, siendo cuestión distinta el que la apelante no los comparta o tengan otras perspectivas de las cuestiones debatidas y resueltas pues ha de advertirse una vez mas que la amplitud de la motivación de las Sentencias y Resoluciones Judiciales, ha sido matizada por la Doctrina Constitucional indicando que "no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión" (STC 14/1991), es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (SSTC 28/1994 y 153/1995). En el presente caso, aplicando la anterior Doctrina, debe rechazarse el primer motivo de apelación de la Sentencia recurrida pues en ella se resuelven los puntos litigiosos y se da respuesta a las pretensiones de las partes en el procedimiento, razonándolas debidamente siendo cuestión distinta el que no se comparta la decisión o los razonamientos que han conducido a la misma, lo cual per se, obviamente, no supone infracción de tal normativa, ni genera indefensión, ni mucho menos se convierte en argumento jurídico que autorice la revocación del sentido del Fallo, ni su declaración de nulidad.

Ademas en el supuesto que nos ocupa no es admisible este motivo, ni puede estimarse vulneración procesal del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia omisiva de la sentencia, dado que para ello es requisito previo que se haya intentado en tiempo y forma la petición de complemento de la resolución, conforme a lo previsto en el artículo 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; por lo que la falta de ejercicio de tal remedio impide a las partes plantear en un recurso devolutivo la incongruencia omisiva, tanto en la apelación (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) , como extraordinario por infracción procesal (artículo 469.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) . Por todo ello, ademas de por las razones que a continuación se expondrán debe ser desestimada, pues no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que la recurrente no solicitó la subsanación de la sentencia. En consecuencia, no se cumplió la carga procesal impuesta a las partes en el citado precepto, que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, y al no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto su estimación exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación [*sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2011 (sentencia 891/2011, en el recurso 1893/2008)* , *20 de julio de 2011 (resolución 595/2011, en el recurso 140/2008)* , *31 de diciembre de 2010 (Roj: STS 7564/2010, recurso 1886/2006)* , *5 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5877/2010)* ,) .



Se insiste por la parte apelante la relevancia de los dos motivos en los que basa su pretensión de extinción : 1º Que su hijo Don Celso no trabaja ni estudia y 2º Que el apelante se está haciendo cargo de todos los gastos inherentes a su formación, habitación y alimentos (pensión por alimentos de su hija Hortensia que si bien es mayor de edad no es independiente económicamente, estando cursando estudios, sin que la madre pague nada por este concepto. En cuanto al primer motivo ha sido analizado en la sentencia dictada, sobre el cual luego nos referiremos al abordar el fondo del asunto y en cuanto al segundo carece de la relevancia pretendida, pues en modo alguno puede analizarse la compensación que entiende es procedente en derecho, cuando la única obligación legal establecida a favor de los hijos comunes de los litigantes es la acordada por ambos en el convenio regulador suscrito por las partes y que fue objeto de aprobación judicial en sentencia y que consta transcrita en dicho convenio punto Cuarto donde se fijó una pensión alimenticia a favor de los hijos de Seiscientos veinte euros (620,00 Euros) mensuales con actualizaciones anuales en el mes de septiembre conforme a la evolución que experimente el IPC publicado en el Instituto Nacional de Estadística disponiéndose en el párrafo Tercero de dicha Estipulación textualmente : " *En el momento en el que algún hijo adquiera suficiente capacidad económica (ingresos no inferiores al salario mínimo interprofesional) o abandone el hogar familiar de forma independiente y estable, Don Pedro Miguel podrá interesar la extinción de la pensión en la cuantía que corresponda. a los efectos de dejar fijada la cuantía de la pensión si se dan los presupuestos que se recogen con anterioridad, la misma queda fijada en la cuantía de 545 euros mensuales, si uno de los hijos abandona el hogar conyugal, quedando dos hijos en el domicilio , y en 400,00 euros mensuales, en el supuesto de que abandone dos hijos el domicilio conyugal, permaneciendo uno, al cual habrá de sumarle el IPC atendiendo al momento de su aplicación "* . Asi pues como bien alega la apelada en su escrito de oposición ninguna pensión viene establecida a cargo de la apelada, ni al apelante a favor de las hijas que han abandonado el hogar familiar, quedando vigente únicamente la pensión alimenticia con respecto a Celso , cuya extinción es objeto de controversia. El hecho de que padre venga haciendo frente a determinado gastos con respectos a su hija y en concreto en relación con Hortensia , tras abandonar esta el domicilio familiar, obedece única y exclusivamente a la voluntad del padre, sin que puede pretender una compensación frente a la madre, de cantidades a las que viene legalmente obligados en concepto de pensión alimenticia establecidas a favor del hijo, por otras frente a las que no tiene obligación legal alguna en tal sentido y por cantidades que unilateralmente ha decidido pagar, tras haber abandonado voluntariamente ambas hijas el domicilio familiar. Al respecto, conviene al caso recordar la inveterada doctrina jurisprudencial que establece que el artículo 151 del Código Civil no permite la compensación con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos ni tampoco la compensación con las pensiones alimenticias futuras, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1196 en relación con el artículo 1200 del mismo cuerpo legal , teniendo declarado al efecto la "jurisprudencia menor" de las Audiencias Provinciales que los alimentos a favor de los hijos no es materia renunciable por los progenitores, al ser la obligación de índole personalísima correlativa, recíproca e intransmisible, cuyos acreedores son los propios hijos, por lo que tampoco cabe compensación en aplicación del artículo 151 del Código Civil , ni de alimentos futuros, por ser estos intransferibles conforme al artículo 1814 del mismo texto legal , resultando que la prestación de alimentos a favor de los hijos, por su propia naturaleza y destino, no puede compensarse.

TERCERO.- En cuanto al Segundo motivo que afecta al fondo del asunto habiéndose alegado error en la valoración de la prueba, se ha de constatar si en la apreciación conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica. Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la valoración de la prueba en la segunda instancia, manteniendo que, en principio, debe primar la realizada al efecto por el juzgador de la primera instancia al estar dotada de la suficiente objetividad e imparcialidad de la que carecen las partes a defender particulares intereses, facultad esta que si bien sustraída las partes litigantes, en cambio sí se les atribuye la aportación de los medios probatorios que queden autorizados por la ley en observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte, como recogen entre otras las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1996 y 7 de octubre de 1997 , sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes, el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos del tribunal de instancia, ya que esa valoración probatoria tienen los propios límites que impone la lógica y la racionalidad. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/1994, de 11 de abril , el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen sean de hecho de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium".

El objeto de este procedimiento era , además de la declaración de divorcio, la de modificar una de las medidas acordadas en anterior sentencia de separación, y que en el último inciso del artículo 91 del Código Civil y en el artículo 775.1 LEC se establece la posibilidad de solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Es decir, para que proceda un cambio en las medidas definitivas que se adopten en el procedimiento de divorcio en relación a las adoptadas



en el previo de separación, se exige el cambio de circunstancias que establece dicho precepto, y, por lo tanto, no se trata de enjuiciar si la concreta medida que se pretende modificar es conforme y adecuada a los intereses puestos de manifiesto por los progenitores en la fecha en que se dictó la sentencia de separación -porque esto es algo que pudo y debió examinarse en ese procedimiento-, sino de dilucidar si después de ese momento se ha producido una alteración sustancial de circunstancias.

Planteado el debate en esta alzada en los términos expresados en el apartado anterior, no puede ponerse en duda que si bien el artículo 91 del Código Civil establece que las medidas a que se refieren y explicitan los preceptos siguientes, acordadas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio o, en su caso, de guarda y custodia de menores, pueden ser modificadas con posterioridad, a tenor del carácter temporal de las mismas, dándose cauce para ello en el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ambos preceptos explicitan que para que ello se produzca es menester que concurra un presupuesto fundamental, cual es un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a la adopción de determinados acuerdos o determinación judicial, mutación que además de existir ha de tener relevancia y significación en el contexto de las relaciones y ha de ser sometida a consideración según lo que la experiencia haya demostrado durante el periodo de vigencia de las medidas cuyo cambio se pretende, siendo verdad que significan una quiebra de la llamada "santidad" de la cosa juzgada, al permitir la modificación de las decisiones judiciales en el punto relativo a los efectos de medidas económicas, personales y familiares dimanante de la situación de crisis matrimonial o como consecuencia de la ruptura de una pareja de hecho, pero tal variación viene condicionada por una alteración "sustancial" de las circunstancias que se tuvieron en cuenta por el juzgador al dictar el último de los pronunciamientos acerca de esta materia, tan frecuentemente controvertida en los procesos de esta índole de tal manera, en definitiva, que la fuerza argumentativa debe concentrarse en mostrar la alteración sustancial y significativa de las circunstancias o los eventos no eludibles, siendo ello así porque un mínimo de seguridad jurídica, unido a los términos que emplean los artículos 90 y 91 del texto sustantivo y el 775.1 de la ley procesal, indica que la regla general es la inalterabilidad de esas medidas y la excepción la modificación -STC 86/1986-, de forma que sólo podrá tener éxito la pretensión del cambio cuando se produzcan alteraciones permanentes y no meramente transitorias en los ingresos del deudor, sin que deban tenerse en cuenta las pequeñas fluctuaciones en la referida situación económica, e igualmente deberán rechazarse de plano las alteraciones por dolo o culpa de aquél, de modo que el término legal "sustancial", referido a las alteraciones que se pretendan conseguir, es el elemento normativo básico, cuya interpretación debe realizarse de acuerdo con los siguientes parámetros: 1) Que, por alteración "sustancial" debemos considerar aquéllas de notoria entidad, con importancia suficiente para producir una modificación de lo convenido o de lo acordado judicialmente, de modo que las simples fluctuaciones de ingresos, de poca importancia, no pueden dar lugar a dicha pretensión modificativa, para lo cual habrán de tenerse en cuenta, por ser parámetros relativos, los ingresos de cada progenitor, o bien únicamente los del deudor, si él solo tuviera ingresos propios; 2) Que, tales cambios o alteraciones sean imprevistos, de modo que surjan por acontecimientos externos al deudor, sin posibilidad de previsión anticipada, en términos de ordinaria diligencia; 3) Que, tales alteraciones tengan estabilidad o permanencia en el tiempo y no sean meramente coyunturales, sino con estructuración suficiente en los ingresos o fortuna del deudor que hagan necesaria la modificación de la medida, excluyéndose toda forma de temporalidad; 4) Que, es indiferente que la situación anterior haya sido convenida anteriormente mediante concierto de voluntades plasmada en convenio regulador de la separación o el divorcio, o bien impuesta judicialmente, porque de lo que se trata es de calibrar si se han producido variaciones o modificaciones sustanciales que hagan necesario un replanteamiento de las prestaciones, sin que deba darse mayor valor a lo convenido entre las partes, por carecer de justificación; 5) Que, si la alteración aunque sea sustancial, ha devenido por dolo o culpa del que tiene obligación de prestar alimentos o de cualquier otra contribución económica, no puede producirse su cambio o modificación, ya que habrá sido intencional o culpósamente conseguida, de manera que se puede abandonar voluntariamente las diferentes fuentes de ingresos con que se cuente (empleos, fundamentalmente) y alegar después alteración sustancial de 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; 6) Que esta materia debe ser objeto de interpretación restrictiva, y 7) Por último, que dichas alteraciones sustanciales deben probarse cumplidamente ante los tribunales conforme a la prevención contenida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es, por ello, que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la Sentencia que estableció la medida o medidas cuya modificación se insta, y esta doctrina es la seguida, entre otras muchas, por las Sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la A.P de Vizcaya, 9 de marzo de 1998 de la A.P de Ciudad Real, 23 de noviembre de 1998 de la A.P de Zaragoza, A.P Alicante de 17 de septiembre de 1998, A.P Madrid 2 de octubre de 1998, A.P Albacete de 20 junio 1998; A.P Asturias en Sentencia de 14 de octubre de 1998, y por esta misma Sala de la Audiencia Provincial de Málaga, en multitud de Sentencias de cita excusada por ser conocidas en el foro. Y ello sin perjuicio de las



especialidades que en el caso que nos ocupa concurren en cuanto a la carga de la prueba con base en el principio de facilidad probatoria al que luego nos referiremos.

Se impugna la sentencia exclusivamente en lo relativo a la desestimación de la extinción de la pensión de alimentos del hijo común Celso , quien tenía a la fecha de la Sentencia de separación 18 años próximo a cumplir 19 años (y a la fecha de la presente está próximo a cumplir los 25 años) por estimar que concurre causa de extinción, ya que ha quedado acreditado que han cambiado las circunstancias existentes desde el año 2012, no tanto en cuanto a la situación económica del padre , situación que es idéntica, y nada se ha cuestionado al respecto, como en cuanto a la situación del hijo. Es cierto que cuando se firmó el convenio era ya era mayor de edad , tenía 18 años pues como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de noviembre de 2003 , *"los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputables a ellos, conforme ha declarado esta sala en sentencias de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 y resulta decretado en el artículo 39-3 de la Constitución "*. Y en este sentido, el artículo 93 párrafo 2º del Código Civil prevé la posibilidad de fijar, conforme a los artículos 142 y siguientes del mismo Código , en las sentencias de nulidad, separación y divorcio, alimentos a favor de los hijos mayores de edad, si convivieran en el domicilio familiar y carecieran de ingresos propios tal y como ocurría en el supuesto que nos ocupa en la fecha de firma del convenio, ahora bien visto el tiempo transcurrido la sentencia apelada debe ser revocada, estimando esta Sala procedente la extinción de la pensión alimenticia a favor Celso . La obligación de alimentos de los padres respecto a los hijos mayores de edad no puede ser reconocida de forma indefinida, si bien, el artículo 152 del Código Civil establece las causas de cese de la obligación de alimentos, y en concreto su apartado 3º, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión u industria y en el caso que nos ocupa si bien consta de la hoja histórico laboral obtenida por medio de consulta del Punto Neutro Judicial que el hijo no ha accedido al mercado laboral al menos no se encuentra dado de alta, y que continua viviendo junto con su madre en el que fue domicilio familiar, donde continua empadronado, ninguna otra prueba se ha acreditado, en cuanto a sus circunstancias actuales pues el justificante aportado con el que se intenta acreditar se encuentra formándose no esta actualizado, correspondiente al año 2015, consistente en una solicitud de matricula de un curso 2014 / 2015 de grado superior, y por tanto en modo alguno acredita este estudiando a la fecha de la sentencia . Se afirmaba por la demandada que se estaba formando como músico, estudiando guitarra si bien requerida para que aportara documentación al respecto , nada aportó, excepto un recibo impugnado carente de valor probatorio por unas clases de guitarra flamenca correspondientes al mes de octubre del 2016. No consta acreditado encontrarse en etapa de formación , y debemos tener en cuenta que el hijo, que tiene una mayor facilidad probatoria (art. 217.6 LEC), no ha probado que pese a ser mayor de edad se haya procurado una formación, o la esta complementando, que haya realizado cursos para su incorporación en mejores condiciones a la vida laboral ni que se encuentre activamente buscando empleo, pues no consta que se encuentre dado de alta como demandante de empleo ante el Servicio Andaluz de Empleo de la Conserjería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, o inscrito en el Programa de Empleo juvenil o solicitudes de empleos remitidas que acredite su interés o voluntad de encontrar trabajo que le permita obtener sus propios ingresos . El deber de alimentos y la necesidad de formación no es incondicional ni ilimitado, y no puede extenderse cuando como sucede en el supuesto que nos ocupa el hijo tiene ya una edad completamente apta para el trabajo, en la actualidad próximo a cumplir veinticinco años y ha tenido tiempo y oportunidad para una formación adecuada y cualificada sin que pueda pretenderse una formación continuada y permanente , cuando ya esta en condiciones de ejercer un trabajo, empleo y profesión y ni tan siquiera acredita una búsqueda activa de empleo.

Por todo ello, el recurso ha de ser estimado, debiendo acordarse a extinción de la pensión de alimentos conforme interesa el apelante en su demanda. No podemos olvidar y así que quedado expuesto que entre las causas que dan lugar a la extinción de la obligación de prestar alimentos, en el artículo 152 del Código Civil se encuentra la de que el hijo haya terminado su formación académica y pueda ejercer un oficio, profesión. Es cierto que en la situación actual el acceso al mercado laboral y la consolidación en el mismo no resulta fácil, pero si es posible y no es injusto que, en el momento actual se declare extinguida la pensión alimenticia reconocida a favor de Celso quien en la actualidad próximo a cumplir los 25 años de edad, tiempo más que suficiente para lograr su acceso al mercado laboral e incluso finalizar en su caso la preparación musical que pudiera estar realizando, pero que no prueba, pareciendo oportuno en la presente situación coyuntural extinguir la persistencia de aquella pensión, y ello, reiteramos al tener el hijo del matrimonio en litigio, en su condición de alimentista, a su alcance la posibilidad de cubrir sus propias necesidades y en condiciones de ejercer un empleo .

Los alimentos establecidos en procesos matrimoniales o de menores, que alcanzan la mayoría de edad y que, no obstante haber culminado su formación, permanecen conviviendo en el domicilio familiar y carecen de ingresos fijos por no tener un empleo estable, se rige por lo dispuesto en los artículos 142 y siguiente del Código Civil , (al que se remite el artículo 93 del mismo texto legal) y en dicha regulación el artículo 152.3 dispone



que cesará la obligación de dar 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 este que viene siendo interpretado por la denominada jurisprudencia menor en el sentido de considerar que una vez concluida la formación, o decidido voluntariamente por el hijo abandonar la realización de estudios de la índole que sea, el hijo mayor de edad, que goza de buena salud y disposición para el trabajo, como es el caso, la mera conveniencia de mantenerse residiendo en el hogar familiar, o la simple comodidad de esperar mejores y más remunerados oficios, no permiten la pervivencia de la pensión alimenticia que se estableciera en anterior procedimiento matrimonial o de menores, cuando las circunstancias de hijo eran notoriamente diferentes, ello sin perjuicio de que pueda el propio hijo, en el caso, Celso ya mayor de edad, llegado el caso, entablar un procedimiento autónomo de alimentos, pero frente a ambos progenitores, en cuanto que serían ambos los obligados, si precisara de alimentos para subsistir y logra probar la necesidad de los mismos. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001, no hay razón jurídica alguna para que siga vigente una pensión alimenticia que viene establecida en favor de una persona que hoy cuenta con cerca de 25 años de edad, no cursa estudios acreditados, es plenamente capaz tanto física como psíquica mente (pues no otra cosa se ha acreditado), para trabajar, aunque sea de forma más o menos estable, como le ocurre hoy día a la mayoría de los jóvenes, porque tal situación, es sustancialmente diferente a la que concurría cuando la medida alimenticia se estableció en su favor. En resumen cabe concluir que Celso que está en condiciones de trabajar, toda vez que no hay prueba alguna en los autos que acredite lo contrario, ni consta la existencia de motivo o dedicación a estudios que se lo impida ni la búsqueda activa de empleo por su parte y que en base a ello deba aún ser sostenido por su padre, que ya ha atendido las necesidades y gastos de formación hasta el nivel que le era exigible, y sin que la alegada ausencia de trabajo del referido pueda ser determinante para la afirmación o negación del derecho a ser alimentado, como tampoco lo es la convivencia en el domicilio familiar y la falta de autonomía económica, tal y como ha quedado expuesto.

De todo cuanto se ha expuesto queda por tanto patente la evidente falta de pruebas sobre determinados elementos que han quedado expuestos, si bien ante la alegada infracción de las reglas de la carga de la prueba en el caso que nos ocupa, y la aplicación de la juzgadora de instancia de las mismas, no podemos menos que mostrar disconformidad con las conclusiones contenidas en la sentencia al respecto. La falta de prueba en relación con otros extremos es solo imputable a la propia demandada, sin que se le pueda exigir al actor la probanza de estos extremos sobre todo si, conforme al artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cambia la distribución de la carga probatoria cuando el hijo ha traspasado los límites de la mayoría de edad y no existe fluidez en la relación con su alimentante, correspondiendo a la madre demostrar la ineludibilidad de la situación de dependencia del alimentista que no puede pretender perpetuarse respecto al padre, recayendo sobre el propio hijo las consecuencias de esta falta de prueba, y por tanto no existen razones que justifiquen la pensión alimenticia en favor de una persona que, pese a la evidente situación de crisis actual y las elevadas tasas de paro juvenil, tiene la oportunidad, de al menos intentar obtener algún tipo de ingresos mediante una ocupación laboral que le permita su sustento y tener cubrir las necesidades más básicas utilizando para ello y empleando la máxima diligencia al respecto, o en su caso cursar cualquier tipo de estudios con un mínimo aprovechamiento académico, y nada se ha acreditado al respecto excepto la total apatía, desidia y total desinterés en su formación y en culminar los estudios, siendo la situación actual sustancialmente diferente a la que concurría cuando la medida alimenticia se estableció en su favor, y sin que los pagos que pueda estar asumiendo el padre de forma voluntaria en relación con los estudios de su hija Hortensia, Curso Superior de Cocina, mayor de edad, y que vive independiente de su madre pueda desvirtuar cuando aquí se ha expuesto. Por lo que la Sentencia como ya antes adelantábamos, en cuanto a este pronunciamiento, debe revocarse en este particular, con efectos constitutivos desde el dictado de la presente sentencia manteniéndose la no imposición de costas en la instancia al haber tenido lugar una estimación parcial de la demanda deducida.

CUARTO.- Estimado en parte el recurso de apelación deducido por Don Juan Ramón de conformidad con el artículo 398.2 de la LEC, no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en la alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Pedro Miguel, contra la Sentencia número 337/17 de fecha 24 de mayo del 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dieciséis de Málaga, en autos de Divorcio Contenciosos número 1601/2016, debemos acordar y acordamos la extinción de la pensión de alimentos a favor de hijo Don Celso, que fue establecida la sentencia de fecha 17 de octubre del 2012, Autos separación mutuo acuerdo nº 1152/08, por importe de 400,00 euros mensuales, aprobando el convenio regulador suscrito por las partes de fecha 12 de septiembre



del 2012 , con efectos a partir de la presente Sentencia, manteniéndose en lo demás los pronunciamientos contenidos en la instancia sin hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ