



Roj: **SAP T 429/2017 - ECLI:ES:APT:2017:429**

Id Cendoj: **43148370012017100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2017**

Nº de Recurso: **637/2016**

Nº de Resolución: **147/2017**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **MANUEL HORACIO GARCIA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM. 637/2016

MOD. MDDS. NUM. 629/2015

DIRECCION000 NUM. UNO

S E N T E N C I A NUM. 147/17

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Horacio García Rodríguez

Tarragona, 23 de marzo 2017.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 637/2016 frente a la sentencia de 8 de julio 2016, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 1 de DIRECCION000 , en Modificación Medidas nº 629/2016, a instancia de D. Bernabe , como demandante-apelante, y Dña. Angelica , como demandada-apelada, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: " **ACUERDO** la extinción de la obligación de pago de la pensión, a cargo de D. Bernabe , en favor de su hijo Julián , y el mantenimiento de la pensión de alimentos que se estableció en la Sentencia de 16 de noviembre de 2005 , dictada en el procedimiento de Divorcio 422/2003, a cargo de D. Bernabe , en favor de su hijo, Valeriano .

Sin imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.



Fundamenta la decisión del Tribunal el/la Ilmo/a Sr./a Magistrado/a Ponente D. Manuel Horacio García Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia rechaza la demanda formulada por D. Bernabe de extinción de la pensión alimenticia establecida en la sentencia de disolución del matrimonio de 16 noviembre 2005 con quien fue su esposa Dña. Angelica , debido a la ausencia continuada de relación familiar de sus dos hijos, Valeriano , nacido el NUM000 1997, y Julián , nacido el NUM001 1991, acogiéndola en cambio por la inexistencia de necesidad en el caso de este último al que la extingue desde la resolución. El actor apela.

SEGUNDO.- El recurso objeta en primer término la incongruencia de la sentencia (art. 218 LEC), que no se limita a resolver sobre la causa de extinción invocada específicamente en la demanda por la ausencia continuada y manifiesta de relación desde hace unos siete años (art. 237-13 CCCat), sino que entra a examinar las necesidades de los alimentados manteniéndola en el caso de Valeriano que cursa estudios superiores, vive con su progenitora y realiza algún trabajo temporal en el verano.

La incongruencia extra-petita se configura en la doctrina del Tribunal Supremo (STS 18 febrero 2013) y del Tribunal Constitucional (STC 9/1998 de 13 enero) como el pronunciamiento sobre extremos no solicitados por las partes, tal y como ha hecho la sentencia al resolver sobre la conservación de la pensión por la subsistencia de necesidad en uno de los hijos, cuestión que no había sido demandada por el actor y que solo se introdujo en el debate como argumento defensivo de la demandada, sin posibilidad alguna de controversia, y a la que no resulta aplicable la doctrina contenida en la STS 10 septiembre 2012 precisamente porque el progenitor demandante ni siquiera lo suscito en su demanda.

En lógica consecuencia, la sentencia es incongruente, produce indefensión a la parte (art. 24 CE), y no tiene cabida ni en la flexibilidad que el art. 752 LEC propugna para las pretensiones en procesos de familia ni el principio "*iura novit curia*" , con lo que el citado pronunciamiento es nulo.

TERCERO.- El objeto del litigio como decimos, se centra en la extinción de las pensiones establecidas en favor de los dos hijos del matrimonio habido entre el actor D. Bernabe y la demandada Dña. Angelica , debido a que ambos incurren en la causa de desheredación establecida por el art. 451-17 recogida en el art. 237-13.e) CCCat como causa de extinción de la pensión alimenticia, esto es, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario, en nuestro caso los alimentistas, pretensión extintiva que el apelante propugna se extienda al momento de la presentación de la demanda.

Se trata de una causa legal de extinción de la obligación alimenticia introducida a fin de reforzar la correlación existente entre los alimentos legales, atribución forzosa, y los vínculos afectivos que por lo común genera el parentesco por consanguinidad en los grados más próximos, de manera que el derecho a los alimentos desaparece no solo cuando se cometen los ataques más graves contra la vida, la integridad física, moral o patrimonial del alimentante (supuestos de los apartados letras a/, b/, c/ y d/ del artículo 451-17.2 CCC), sino también cuando se da una falta de relación familiar entre el alimentante y los hijos, que debe revestir las características de "manifiesta y continuada" y ser "exclusivamente imputable" al legitimario.

Debe destacarse, por último, que la prueba de la existencia de la causa de desheredación/extinción de los alimentos corresponde al progenitor, según resulta de la reglas de distribución de la carga de la prueba recogidas en el artículo 217 LEC , bien entendido que la taxatividad de las causas de desheredación no es incompatible con una interpretación flexible de su texto, ajustada a la realidad social y a los parámetros culturales vigentes en el momento de su aplicación (STSJ de Catalunya de 6 de septiembre de 2010).

CUARTO.- El recurrente hace una relación cronológica en la demanda de como se ha desarrollado su relación con los hijos, destacando dos hechos: uno, que durante su menor edad fue la actitud obstaculizadora de la madre quien impidió esa relación, y dos, cuando fueron mayores de edad e incluso antes su propia voluntad de no mantener ningún tipo de relación con el progenitor y su familia paterna a pesar de los esfuerzos, personales y a través de terceros familiares (sobrinos y tío), para retomar y reanudar la relación paterno-filial, incluida la ejecución de sentencia, de tal forma que desde hace unos siete años la relación es inexistente.

Del examen de la prueba practicada no existe base suficiente para imputar a los hijos exclusivamente la ruptura unilateral de los contactos con su padre. La falta de relación familiar surge tras la ruptura matrimonial que sacudió al núcleo familiar de D. Bernabe y Dña. Angelica con unos hijos menores que quedan bajo la custodia de su madre, reconociendo el propio apelante que esta tuvo una intervención relevante en la falta de



relación. Este es el momento en que hunde sus raíces la ausencia de relación de padre e hijos, perviviendo posteriormente durante su mayor edad -realmente escasa en el caso de Valeriano que tiene actualmente 19 años y continúa residiendo con la madre, mientras Julián cuenta con 25 años-, lo que hace que sus decisiones puedan estar mediatizadas, singularmente en el caso del primero que sigue dependiendo económicamente de aquella, no así el segundo que se ha incorporado al mercado laboral y cuenta con autonomía personal y económica.

Cierto es, y así debe reconocerse, que durante los últimos siete años ha existido una ausencia notoria y continuada de los contactos de Julián y Valeriano con su padre, que incluso solicitó la ejecución de la sentencia de divorcio (auto de 5 mayo 2008) para lograr un régimen de visitas progresivo y supervisado que tuvo que suspenderse provisionalmente ante la negativa de los hijos a continuarlo (auto de 15 julio 2009), resultando infructuosas las gestiones realizadas ante la madre por el progenitor paterno en 2010 para conseguir el teléfono y mail de sus hijos (doc. 4 y 5 demanda, f.28 y 29) a fin de disponer de un medio para mantener un mínimo contacto, así como la intervención del SAOS (Equipo Técnico Asistencia Juzgados) después de la ruptura de la comunicación supervisada por la negativa de los alimentados.

Mas ello lo que evidencia es que no se produjo una ruptura unilateral de los contactos entre los hijos Julián y Valeriano con su padre D. Bernabe atribuible a los primeros, sino que la crisis se desencadenó por los acontecimientos más arriba descritos que desembocaron en una ruptura de relaciones de los progenitores y repercutió de manera directa en la relación paterno-filial lo que nos hace pensar que la ausencia de relación no es exclusivamente imputable a los hijos sino que viene mediatizada por este hecho y la conducta de la progenitora.

Esta conclusión no se altera por la declaración de los hijos en el acto del juicio, pues afirma Julián que es su padre quien debía haberse acercado a ellos -lo que como hemos dicho se ha producido- y que tanto él como su hermano tampoco han intentado tener más relación con su padre, mientras Valeriano declara que no tiene esa necesidad de relación con su progenitor, resultando por lo demás ayuna de prueba la afirmación que hace la progenitora demandada de que la interrupción de las visitas en el Punt de Trobada obedeció a los reproches que el padre dirigía a los hijos y que hubo periodos de ausencia en que se encontraba ilocalizable, cuando sus lugares de residencia se encuentran a escasa distancia en DIRECCION000 .

Por consiguiente, probada la unilateral falta de relación paterno-filial y que esta no es imputable, al menos en los últimos ocho años a la decisión libre y voluntaria de los hijos, no debe operar la causa de extinción de la pensión alimenticia fijada a favor de ambos recogida en el art. 237-13.e) CCCat .

QUINTO.- Al estimar desestimar el recurso por motivos distintos de los contenidos en la resolución impugnada no se hace pronunciamiento sobre costas, conforme al art. 394 y 398 LEC (STS 1 julio 2014).

FALLO

El Tribunal decide:

1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por D. Bernabe frente a la sentencia de 8 julio 2016, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N°1 , de DIRECCION000 , en Modificación de Medidas nº 629/2015, que se revoca en cuanto se considera incongruente, y en su lugar se desestima la demanda de modificación de las medidas definitivas establecidas en la sentencia de divorcio de 16 noviembre 2015.

2º.- No nos manifestamos sobre las costas del recurso.

Con devolución del depósito constituido.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 Disposición Adicional 16ª LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.