



Roj: **SAP S 453/2019 - ECLI:ES:APS:2019:453**

Id Cendoj: **39075370022019100302**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **04/06/2019**

Nº de Recurso: **314/2019**

Nº de Resolución: **332/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Santander, núm. 9, 07-02-2019 ,
SAP S 453/2019**

SENTENCIA Nº 000332/2019

Ilmo. Sr. Presidente.

Don Miguel Carlos Fernandez Diez.

Ilmos. Srs. Magistrados.

Don Javier de la Hoz de la Escalera.

Don Bruno Arias Berrioategortua.

=====

En la Ciudad de Santander, a cuatro de junio de dos mil diecinueve.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio sobre Familia, núm. 271 de 2018, Rollo de Sala núm. 314 de 2019, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santander, seguidos a instancia de don Andrés contra doña Ascension . Con intervención del Ministerio Fiscal.

En esta segunda instancia ha sido parte apelante don Andrés , representado por la Procuradora Sra. Judith Fernández Grijalvo y defendido por la Letrada Sra. Sara García Jiménez; y apelada doña Ascension , representada por la Procuradora Sra. Begoña Peña Revilla y defendida por la Letrada Sra. M^a Teresa Ortíz Calzado. Con intervención del Ministerio Fiscal.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don Javier de la Hoz de la Escalera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 7 de febrero de 2019 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO:** "Que desestimando la demanda deducida por la Procuradora Sra. Fernández, en nombre y representación de D. Andrés , contra Dña. Ascension , debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en contra suya.

En cuanto a las costas, se imponen a la parte actora".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite; sustanciado el recurso por sus trámites, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.



TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El demandante recurrente don Andrés ha solicitado en esta segunda instancia la revocación íntegra de la sentencia y que en su lugar se estime su demanda, en la que pidió que se declarase extinguida la pensión compensatoria fijada en sentencia de divorcio de 26 de Marzo de 2014 a su cargo y en beneficio de la demandada doña Ascension y que la pensión que fue fijada en la sentencia de apelación de 29 de enero de 2015 -que revocó en este punto la del juzgado de divorcio del juzgado-, para alimentos del hijo común Cristobal, se impusiera a esta última en vez de al demandante. Doña Ascension se opuso al recurso y el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del mismo fijando una pensión a cargo de la madre de 125 euros al mes.

SEGUNDO: 1.- En orden a resolver sobre la primera de las pretensiones deducidas, debe recordarse que, conforme a la doctrina legal del Tribunal Supremo expuesta en su sentencia de 9 de febrero de 2012, para aplicar correctamente concepto de "vida marital", exige la consideración de "dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina "vida marital" son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.". Esta Audiencia se ha hecho eco de esta doctrina en sus sentencias de 18 de abril de 2012, 26 de marzo y 3 de septiembre de 2014, 1 de junio de 2015 y 9 de enero de 2017, diciendo en esta última que "con carácter general, en estos procedimientos no existe prueba plena y directa de una convivencia estable y permanente similar a la marital, sino que la misma ha de deducirse racionalmente por la presencia de datos indiciarios. Es igualmente frecuente que el beneficiario de esta pensión trate de ocultar o evitar cualquier signo o actitud pública de la que pueda desprenderse tal convivencia por las graves consecuencias pecuniarias que ello le irrogaría. Y, finalmente, que mientras que la prueba de la convivencia o relación fundada en la fidelidad incumbe al demandante, la demostración de que aquella no reúne las características de estabilidad y permanencia que la convierten en relación de contenido asimilable a la matrimonial, corresponde al demandado, en virtud de la facilidad probatoria de que goza (art. 217 LEC), toda vez que es quien se beneficia de la pensión en cuestión y quien cuenta con los datos capaces de determinar en cada momento la clase de relación que mantiene con una tercera persona."

2.- En el presente caso, las pruebas acreditan que la demandada mantiene una relación personal con don Andrés, que incluye relaciones sexuales y quien ocasionalmente pernocta en su domicilio, pero no puede afirmarse con propiedad y desde los parámetros antes establecidos que mantengan una "vida marital", una vida en común de manera estable y pública, pues las pruebas aportadas al efecto por el demandante no son desde luego decisivas ni unívocas; el testimonio de la detective privada que ratificó su informe de observaciones no permite la conclusión que se pretende sobre una convivencia continuada y permanente de don Andrés con doña Ascension en el domicilio de esta, ni aun valorándolo a la luz de los restantes testimonios recibidos, del hijo de ambos y de una vecina; ciertamente, el cien por cien de las noches en que hubo observación se puede afirmar que don Andrés durmió en la vivienda, pero fueron solo dos noches en un periodo de tiempo de más de tres meses; y como pone de relieve la demandada, la detective no afirmó otros posibles indicios de convivencia, como que don Andrés entrara en el domicilio con su propia llave, o que constara en el buzón su nombre; las manifestaciones del hijo de ambos, que no mantiene relación con la madre desde el año 2017 en que sostiene que fue expulsado por esta de su domicilio, no permiten tampoco una conclusión segura sobre que don Andrés conviviera en la vivienda de forma estable y continuada, aunque se refiriera a don Andrés como la "pareja" de su madre, término que no se limita a describir una relación análoga a la del matrimonio, y menos desde que se fue del domicilio; y tampoco desde luego las manifestaciones de la vecina que dijo verle cuando ella sacaba a pasear al perro. Frente a esas pruebas, la demandada ha aportado el testimonio de una amiga que poco aportó en la medida en que sus manifestaciones sobre la naturaleza de la relación de doña Ascension y don Andrés fueron solo sobre su convicción y su afirmación de que la primera vive sola no fue acompañada de explicación alguna de su fuente de conocimiento; el de Don Andrés, que reconoció en juicio mantener una relación personal con la demandada desde el año 2015 que incluye la práctica de sexo e incluso pernoctar en su casa ocasionalmente, pero negó que la relación fuera más que eso, una relación entre adultos sin más compromiso, negando tener bienes o cuentas o intereses económicos en común o las llaves



del domicilio de ella y afirmó tener su propio domicilio donde ejerce la custodia compartida de un hijo hacerlo de manera continua, lo que es coherente por el certificado de convivencia aportado a los autos. Por lo demás, las pruebas gráficas aportadas para demostrar la publicidad de la relación no son tampoco demostrativas de la misma, pues al margen de que por su mala calidad apenas se aprecian en ellas las figuras, las explicaciones dadas por don Andrés - la relación con la hija, un viaje en grupo-, son verosímiles y no encuentran dato alguno en contra ni permiten deducir que doña Ascension y don Andrés tengan más actividades en común que las admitidas o se conduzcan públicamente como matrimonio. En definitiva, la valoración de las pruebas no permite obtener la conclusión pretendida por el demandante sobre una relación análoga a la del matrimonio, ni desde el plano subjetivo ni objetivo por más que doña Ascension mantenga esa relación personal que ni ella ni don Andrés han negado. El recurso, en definitiva, debe ser desestimado.

TERCERO: 1.- En lo que respecta la segunda de las pretensiones el recurso debe ser estimado en parte. No se comprende, ciertamente, el argumento del juez de instancia para su desestimación puesto que lo pedido en la demanda fue una modificación de la medida adoptada en su día en el procedimiento de divorcio sobre los alimentos del hijo común don Cristobal, pues aun cuando la sentencia del juzgado de primera instancia denegó la pensión de alimentos solicitada, si fue acordada por la Audiencia en trámite de recurso, de manera que no puede considerarse ajeno al procedimiento de modificación de medidas legalmente previsto la alteración de esa prestación de alimentos en cualquiera de sus aspectos, ya sea cuantía o el progenitor obligado. Lo pedido por el padre en su demanda fue un cambio en la persona obligada al pago, de manera que la pensión, en la misma cuantía de 150 euros, la pague ahora la madre al padre y no éste a aquella, dado el cambio en la convivencia del hijo, que si en su momento vivía con la madre, desde el año 2017 está conviviendo con el padre, de manera que se trata cabalmente de una pretensión de modificación de la regulación que de los alimentos al hijo mayor de edad se hizo en el anterior proceso de divorcio. Aunque en la demanda no se interesó formalmente la extinción de la pensión de alimentos a cargo del padre y el establecimiento de una nueva a cargo de la madre -que es la fórmula más habitualmente empleada-, sino el mero cambio de la persona obligada, es claro la pretensión deducida sobre el intercambio de las posiciones de acreedor y deudor sobre la base de la identidad de beneficiario y del importe de la pensión supone en sí misma la extinción de la obligación del padre.

2.- Ya en su momento esta audiencia, en sentencia de 29 de enero de 2015, impuso la pensión a cargo del padre y a favor de la madre, con quien a la sazón convivía don Cristobal, ante la constatación de la dependencia económica de este de sus progenitores, pues aun siendo mayor de edad carecía de ingresos y estaba aquejado de un déficit intelectual que le había impedido el ejercicio de un oficio, profesión o industria salvo algún empleo con un componente asistencial; siendo de resaltar que en fecha 1 de octubre de 2014 se dictó sentencia modificando la capacidad de obrar de don Cristobal, nombrando curadora a su madre. Pues bien, la situación de dependencia no se ha modificado sustancialmente, pues aun cuando don Cristobal se encuentra inscrito como demandante de empleo, lo cierto es que a tenor de su hoja de vida laboral en el año 2017 estuvo trabajando prácticamente un mes en AMPROS con un contrato temporal en el que no superó el periodo de prueba según informe de tal asociación, y menos de un mes en otra empresa; y en el año 2018 en el Ayuntamiento de Marina de Cudeyo únicamente seis meses con un contrato temporal de subvencionado. A la vista de todo ello, y aun considerando los ingresos devengados por este último contrato, no puede por menos de mantenerse la consideración de que don Cristobal sigue dependiendo económicamente de sus padres, aunque pueda subvenir a sus necesidades en caso de poder acceder a un trabajo adecuado a sus capacidades, lo que por ahora no puede afirmarse con una mínima seguridad y estabilidad dadas sus circunstancias personales.

3.- Por otra parte, es un hecho probado y admitido que don Cristobal no convive actualmente con su madre sino con su padre, en una situación estabilizada y no discutida, por lo que es claro que doña Ascension carece de legitimación para percibir la pensión en su día fijada para atender a los alimentos del hijo por razón de esa convivencia, ya que como se desprende de la doctrina legal contenida en las sentencias del TS de 24 de abril y 30 de Diciembre 2000 que interpretan el art. 93 CC, la legitimación es propia del progenitor con quien convive el hijo mayor de edad. Por esto y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre la necesidad, no puede por menos de estimarse el recurso, pues la obligación de alimentos pesa sobre ambos progenitores, sin que el reparto proporcional entre ellos de esa obligación que la ley prevé (art. 145 CC) permita la exoneración a ninguno de ellos por mucha diferencia de ingresos que haya, salvo real imposibilidad de atenderla por parte de alguno de ellos, que no es el caso. En cuanto al importe de la pensión a cargo de la madre, no puede soslayarse que esta ha acreditado unos ingresos brutos anuales de 15.270,23 euros conforme a la declaración de IRPF aportada; mientras que don Andrés no ha aportado prueba de sus ingresos, ni siquiera la declaración de IRPF pese al requerimiento que le fue efectuado a instancias de la demandada, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el art. 329 LEC y teniendo en cuenta que ya la sentencia anterior de esta audiencia consideró acreditados unos ingresos de don Andrés en el año 2012 superiores a treinta mil euros netos, ha de



considerarse que en efecto no son inferiores a tal cifra como alegó la demandada. Por todo ello, pero teniendo también en cuenta que no cabe la fijación de una pensión meramente simbólica, sino que debe ser efectiva para atender las necesidades del hijo, procede fijar como pensión a cargo de doña Ascension la de 75 euros al mes, pagadera en la forma habitual y actualizable conforme al IPC como venía acordado, extinguiéndose necesariamente en lo restante la pensión inicialmente a cargo de don Andrés .

CUARTO: Estimándose en parte la demanda y el recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC., no procede hacer especial imposición de las costas de ambas instancias.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por DON Andrés contra la ya citada sentencia del juzgado de primera instancia, que revocamos en cuanto es contradictoria con lo que a continuación se establece.

2º.- La pensión fijada en la sentencia de esta audiencia de 29 de enero de 2015 a cargo de don Andrés y a favor de doña Ascension para alimentos del hijo común don Cristobal , pasará a ser abonada por Doña Ascension a don Andrés , aunque solo en la cuantía de 75 euros al mes, suma que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente del IPC tal como ya se dispuso en la sentencia de apelación del juicio de divorcio; en lo restante, se declara extinguida.

3º.- No hacemos especial imposición de las costas de ambas instancias.

Contra esta sentencia cabe interponer los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal para ante el Tribunal Supremo, que deben interponerse en legal forma ante esta Audiencia en plazo de veinte días.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: La precedente Sentencia ha sido publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el día de su fecha, de lo que doy fe