



Roj: **SAP T 1593/2018 - ECLI:ES:APT:2018:1593**

Id Cendoj: **43148370012018100505**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2018**

Nº de Recurso: **361/2018**

Nº de Resolución: **509/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ROBERTO NIÑO ESTEBANEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314842120148036418

Recurso de apelación 361/2018 -U

Materia: Recurso contra sentencia

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Tarragona

Procedimiento de origen: Modificación medidas supuesto contencioso 1280/2016

Parte recurrente/Solicitante: Jesus Miguel

Procurador/a: Maria Jesus Muñoz Perez

Abogado/a: Pedro Francisco Lando Candjambu

MINISTERIO FISCAL

Parte recurrida: MF MINISTERIO FISCAL, Bernarda

Procurador/a: Angel R. Fabregat Ornaque

Abogado/a: EDUARD FERMÍN PARTIDO

SENTENCIA N° 509/2018

ILMOS. SRES.

Presidente

D. Antonio Carril Pan

Magistrados

D. Manuel Horacio García Rodríguez

D. Roberto Niño Estébanez

En la ciudad de Tarragona, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

La Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Tarragona, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados, ha conocido en la segunda instancia de la jurisdicción civil el **recurso de apelación núm. 361/2018** interpuesto contra la sentencia núm. 633/2017, de 27 de noviembre, dictada por el Juzgado de



Primera Instancia núm. 5 de Tarragona en el procedimiento de modificación de medidas definitivas núm. 1280/2016, en el que han intervenido con la postulación procesal que es de ver en autos: como **parte apelante** D. Jesus Miguel ; y como **parte apelada** D^a Bernarda . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- D. Jesus Miguel ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia antes referenciada, cuyos antecedentes de hecho no aceptamos y cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Desestimo la demanda de Modificación de Medidas presentada a instancia de don Jesus Miguel , contra doña Bernarda y en consecuencia mantengo la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2014 dictada por este juzgado en autos de Divorcio Contencioso nº 183/2014.

Con imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO.- La parte demandante ha comparecido en esta alzada y se ha opuesto expresamente al recurso de apelación.

TERCERO.- La deliberación, votación y fallo tuvo lugar en fecha de veintinueve de noviembre de dos mil dieciocho.

CUARTO.- En la presente resolución se han empleado las siguientes siglas:

CE, Constitución española.

LOPJ, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

CCCat, Código Civil de Cataluña.

STSJC, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Manifiesta y fundamenta el criterio de la Sala el Ilmo. Sr. D. Roberto Niño Estébanez, que ha sido designado Magistrado ponente.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Los motivos impugnatorios en que se fundamenta el recurso de apelación pueden ser enunciados como sigue: (i) error en la valoración de la prueba en relación con la extinción de los alimentos de la hija mayor de edad, Flor , e infracción, por no haber sido aplicado, del artículo 237-13.1.e), en relación con el artículo 451-17.2.e), ambos del CCCat; (ii) suspensión o reducción de los alimentos a favor de Flor ; (iii) reducción de la cuantía de los alimentos legales a cargo del apelante a favor de cada hijo a 150 euros mensuales; (iv) acumulación al presente procedimiento de la acción de división de cosa común.

El apelante no ha solicitado en esta alzada ni la custodia compartida del hijo menor David y se ha aquietado al pronunciamiento de la sentencia de primera instancia conforme al cual se declara probado que la hija mayor, Flor , carece de capacidad económica suficiente para llevar a efecto una vida independiente (alegación tercera del recurso de apelación, p. 3 del mismo). Por consiguiente, sobre estas dos cuestiones, por elementales razones de congruencia, nada se dirá en la presente resolución.

Al recurso de apelación se ha opuesto expresamente la parte demandada.

Analizaremos agrupados los motivos del recurso de apelación.

1. Por lo que se refiere a la extinción de los alimentos de los que es beneficiaria la hija común de los litigantes, mayor de edad, Flor , y atendida la remisión normativa antedicha, dispone el artículo 451-17.2.e) CCCat que es causa de desheredación, y por consiguiente, causa de extinción de la obligación de abonar los alimentos, "la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario". La sentencia dictada en primera instancia razona que la falta de relación entre el progenitor y ahora apelante y su hija Flor , está en gran medida "mediatizada" por la crisis matrimonial que tuvo lugar entre los litigantes y que desembocó, primero, en la sentencia de separación de 4 de junio de 2012 y posteriormente en la sentencia de divorcio de 18 de septiembre de 2014.

Sobre esta cuestión litigiosa la Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones. Como decíamos, a título ejemplificativo, en **nuestra sentencia núm. 147/2017, de 23 de marzo** (recurso de apelación núm. 637/2016), "El objeto del litigio (...) se centra en la extinción de las pensiones establecidas en favor de los dos hijos del matrimonio habidos entre el actor (...) y la demandada (...), 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 (...). 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 sólo cuando se cometen los ataques más graves contra la vida, la integridad física, moral o patrimonial del alimentante (...), 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 [que insta la extinción], según resulta de las reglas de distribución de la carga de la prueba (...) [del] artículo 217 LEC (...).

La citada causa extintiva, por su propia naturaleza jurídica, debe ser objeto de una interpretación restringida, estricta y restrictiva y requiere que la ausencia de relación entre el progenitor alimentante y el hijo alimentista sea *manifiesta, continuada y exclusivamente atribuible al alimentista*. Pues bien, en el caso sometido a nuestro examen, aun cuando quepa apreciar que la falta de relación entre el apelante y su hija Flor es manifiesta y continuada -al menos desde 2013 y hasta la actualidad-, y así ha sido reconocido por ambos progenitores durante su interrogatorio en el plenario (art. 281.3 LEC), dicha ausencia de relación no resulta exclusivamente imputable a Flor . En este punto debemos confirmar el razonamiento de la sentencia de primera instancia, pues no es ilógico, ni irracional ni arbitrario. Cuando menos estamos en presencia de una concurrencia causal de voluntades en no mantener la relación paterno filial. Resulta lógico que Flor , que por su edad vivió con pleno conocimiento de causa la separación y el divorcio de sus progenitores, se viera directamente influenciada por la crisis conyugal de sus padres e igualmente resulta admisible que apoyara en dicha crisis más a un progenitor que a otro. Dicha actitud es razonablemente comprensible y no es de modo alguno infrecuente ni atípica durante los procesos de crisis conyugales. Pero dado que estamos en presencia de una causa extintiva de los alimentos que debe ser objeto de interpretación restringida, estricta y restrictiva, es doctrina consolidada la que considera que un mínimo atisbo de que la falta de relación no sea imputable exclusivamente al alimentista es suficiente para rechazar su apreciación (**SSTSJC, Sala Civil y Penal, 11/2017, de 2 de marzo y 19/2017, de 6 de abril**). El empleo del adverbio *exclusivamente* por el precepto transcrito revela la voluntad del legislador de no permitir que se aprecie genéricamente dicha causa extintiva por el solo hecho de una ausencia de relación en la que hay un mínimo de concurrencia causal de voluntades. A ello hay que anudar que incumbía al demandante la carga procesal de probar un mínimo esfuerzo en orden a disminuir el debilitamiento del vínculo afectivo con su hija y el distanciamiento respecto de ella. Y sobre este último punto, las versiones de los litigantes en el plenario son palmariamente contradictorias. A tal efecto el demandante, que no ha propuesto la práctica de medios de prueba en esta alzada, debió haber propuesto en el momento procesal oportuno el interrogatorio como testigo de su hija Flor , pues resulta lógico presumir que la práctica de este medio de prueba habría contribuido decididamente al esclarecimiento de este hecho controvertido, y la falta de esfuerzo probatorio en este punto ha de perjudicar al instante de la extinción de la obligación de abonar alimentos. De otra parte, esta obligación sigue amparada por el principio rector *favor filii*, pues Flor , como el apelante reconoce, aún no tiene independencia personal y económica y sigue perfectamente integrada en el núcleo familiar; y está amparada por el principio de solidaridad familiar, pues sigue viviendo con su madre y su hermano en la vivienda familiar. No procede, por lo expuesto, acordar la extinción de los alimentos de los que Flor es beneficiaria a cargo del apelante con fundamento en la causa extintiva del artículo 451-17.2.e) CCCat.

2. Tampoco procede suspender ni reducir la cuantía de los alimentos a cargo del apelado en cuantía de 200 euros mensuales a favor de cada uno de sus dos hijos. El demandante y ahora apelante no parece haber tomado en consideración que el objeto de este juicio se constriñe al enjuiciamiento de la concurrencia de una eventual alteración sustancial de las circunstancias fácticas que fueron tomadas en consideración en la sentencia de divorcio. Por consiguiente, incumbía al demandante acreditar tal variación sustancial de circunstancias. Y fue el apelante el que manifestó durante su interrogatorio en el plenario que percibía, según convenio colectivo, 1.200 euros mensuales, más lo que pudiera percibir por horas extraordinarias. Dicha manifestación del apelante pone de manifiesto que no se ha producido una disminución sustancial de sus ingresos y tampoco ha probado que haya de afrontar gastos de mayor cuantía que los considerados en la sentencia de divorcio. Por otra parte, y tomando en consideración la edad de ambos hijos y la condición de la apelada como progenitora custodia del hijo que aún es menor de edad, David , debemos desestimar la petición subsidiaria quinta de la demanda, reproducida en la alegación séptima del recurso de apelación, pues carece de amparo legal al contener un juicio prospectivo proscrito legalmente y que es ajeno al objeto de esta litis.

3. Por último y por lo que se refiere a la acumulación al presente procedimiento de la división de la que fuera la vivienda familiar, perteneciente en proindiviso a los litigantes (consistente en la finca registral núm.



NUM000 del Registro de la Propiedad núm. 3 de Tarragona, en el término municipal de Constatí), nuestro pronunciamiento al respecto en el presente procedimiento sólo puede ser declarativo, ceñido a declarar que puede hacerse efectiva por los litigantes la acción de división de cosa común sobre el inmueble antedicho en el procedimiento que corresponda.

SEGUNDO.- La estimación parcial del recurso de apelación conlleva que las costas procesales de esta alzada no se impongan a ninguno de los litigantes, así como la devolución a la parte apelante de la totalidad del depósito en su caso constituido para interponer el recurso de apelación (art. 398.2 LEC y DA 15ª LOPJ).

III.- FALLO.

LA SALA estima en parte el recurso de apelación de D. Jesus Miguel , interpuesto contra la sentencia núm. 633/2017, de 27 de noviembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Tarragona en el procedimiento de modificación de medidas definitivas núm. 1280/2016, que modificamos en el solo sentido de que se accede a hacer efectiva por los litigantes la división de la finca registral núm. NUM000 del Registro de la Propiedad núm. 3 de Tarragona, perteneciente en proindiviso a los litigantes, por el procedimiento que corresponda.

Las costas procesales de segunda instancia no se imponen a ninguno de los litigantes. Se acuerda la devolución a la parte apelante del depósito que en su caso haya constituido para interponer el recurso de apelación.

Notifíquese la presente sentencia haciéndose saber que la misma no es firme en Derecho y que contra ella pueden ser interpuestos los recursos previstos en el artículo 466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Firme esta resolución, devuélvase el procedimiento al Juzgado de procedencia acompañando certificación de la misma, a los efectos pertinentes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.