

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID
Sección Vigésimocuarta Bis
Recurso de Apelación 1253/2019
O. Judicial Origen: Juzgado Primera
Instancia nº 7 Móstoles

Autos de Familia. Modificación de medidas
supuesto contencioso 6

APELANTE-DEMANDANTE: D XXX

PROCURADOR: D.

APELADA-DEMANDADA: Da.

PROCURADOR: D.

Ponente: Ilma. Sra. D^o. Natalia Velilla
Antolin

SENTENCIA N^o 1251/19

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Alejandro José Galán Sánchez
Alonso

Ilma. Sra. Da. María Jesús López Chacón

Ilma. Sra. Da. Natalia Velilla Antolín

En Madrid, a 12 de diciembre de dos mil
diecinueve.

Vistos y oídos en grado de apelación por la
Sección 24^a Bis de esta Audiencia Provincial de
Madrid, los autos de Modificación de Medidas
supuesto contencioso con el nº XXX procedentes
del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de
Móstoles, seguidos entre partes:

De una, como apelante-demandante: D. XXX representado por el Procurador de los Tribunales D.

Y de otra, como apelada-demandada: Da. XXX , representada por el Procurador de los Tribunales D.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. NATALIA VELILLA ANTOLÍN.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 6 de marzo de 2109 por el Juzgado de Primera Instancia no 7 de Móstoles, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«DESESTIMO la demanda de modificación de medidas formulada por la representación procesal de D. xxx frente a D xxx y, en consecuencia, no ha lugar a modificar las medidas definitivas establecidas en la sentencia objeto del presente proceso».

TERCERO.- Notificada la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. xxx , en los términos que constan en el escrito obrante en autos. Por la representación procesal de Da. XXX presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

CUARTO.- Que recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno rollo, en el que se siguió el recurso por sus trámites. Quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 11 de diciembre de 2019.

H.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. XXX se formula recurso de apelación frente a la sentencia de 6 de marzo de 2019, dictada en proceso de modificación de medidas n° xxx, tramitado en el **juzgado** de Primera Instancia n° 7 de Móstoles, que desestima la demanda interpuesta por el apelante en la que se **solicitaba la extinción del régimen de visitas; la extinción de la atribución conjunta de la patria potestad; la extinción del uso del domicilio conyugal a favor del hijo; y extinción de la pensión de alimentos del hijo.** La sentencia considera que el **convenio regulador estableció una cláusula objetiva para atribución del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares.** Considera que **no se ha probado causa de desheredación alguna y que el aumento del salario mínimo interprofesional (índice de referencia para mantener la atribución del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares al hijo) no es una modificación**

imprevisible, desproporcionada y sustancial de las circunstancias que justificaron el pacto. En la sentencia se recoge que no se acredita que el demandante haya sufrido una merma sustancial de su capacidad de pago, desestimándose la demanda. Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación, al que se opone la parte contraria.

SEGUNDO.- El primer motivo que aduce la parte recurrente es el relativo a la patria potestad y extinción del régimen de visitas. Alega el recurrente que la sentencia obvia cualquier tipo de pronunciamiento, cuando el hijo común de la pareja ya es mayor de edad. Solicita que se extinga la patria potestad y el régimen de visitas del hijo. La parte recurrida alega que esta petición es obvia, ya que el hijo tiene 24 años.

El motivo, que podría encuadrarse en una suerte de denuncia de incongruencia omisiva aunque no lo llama así, no puede prosperar. Si bien es cierto que el demandante lo solicitaba en su escrito de demanda, tanto la extinción de la patria potestad como la extinción del régimen de visitas con el hijo común se producen ope legis de manera automática con el mero cumplimiento de la mayoría de edad, sin que sea ni necesario ni procedente declarar la extinción por resolución judicial, ante una cuestión legal

que se produce de forma automática. El motivo, por tanto, debe ser desestimado, al no ser el pronunciamiento de los que deban ser recogidos en resolución judicial.

TERCERO.- En relación con la **pensión de alimentos**, la parte recurrente alega que procede la extinción de la misma por **causa de desheredación**. Subsidiariamente, pide la reducción de la pensión conforme a las nuevas circunstancias económicas y familiares del demandante o la conmutación del pago de la pensión por el uso de la vivienda. La parte demandada niega la existencia de causa de desheredación ni que se hayan producido modificaciones sustanciales en la capacidad económica del demandante.

Establece la STS Sala Primera de 19 de febrero de 2019 que «la sentencia 558/2016, de 21 de septiembre, citada por la recurrente, afirma que "el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la 'extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado 'principio de solidaridad familiar' que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 CC); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de

prestar alimentos respecto de los hijos **mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores.**

»"Por ello en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil (STS de 19 enero 2015, Re. 1972/2013), pues como recoge la STS de 12 febrero 2015 , se ha de predicar un **tratamiento diferente** "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

»"Tal distinción es tenida en cuenta en la sentencia 603/2015, de 28 octubre".

»La sentencia 184/2001, de 1 de marzo, que también cita la recurrente, ya había dicho que "la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-1 de la Constitución Española", así como que, a tenor de lo dispuesto en el art. 3-1 CC, las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

»Por ello sería razonable acudir a ese primer plano a que hacíamos referencia, sobre interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, en tanto en cuanto el legislador nacional no la prevea expresamente, como así ha sido prevista en el C.C. Cat.

»Como algún tribunal provincial ha afirmado, "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido **por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables** previstas en la ley **es lícita su privación**. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda **verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales**".

»Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del CC Cat., es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la **solidaridad familiar e intergeneracional** es la que late como **fundamento de la pensión a favor de los**

hijos mayores de edad según la doctrina de la sala ya mencionada.

»9. - Ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en consideración el segundo plano a que hacíamos mención.

»Sería de interpretación rigurosa y restrictiva **valorar la concurrencia y prueba de la causa**, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea **imputable**, de forma principal y relevante al hijo.

»Precisamente por esta interpretación restrictiva, las Audiencias Provinciales de Cataluña, que sí tienen un precepto expreso que prevé esa causa de extinción de la pensión de alimentos, han desestimado la extinción cuando, constatada la **falta de relación manifiesta, no aparecía probado que tal circunstancia se atribuyese única y exclusivamente al hijo alimentista** (sin ánimo de una cita prolija, SAP Lleida, sec. 2.ª, 385/2014, de 24 de septiembre ; SAP Tarragona, sec. 1a, 147/2017, de 23 de marzo; SAP Barcelona, sec. 12.", de 2 de enero de 2018 , y SAP Barcelona, sec. 18." de 29 de junio de 2017, entre otras)». Por tanto: nuestro Alto Tribunal realiza una interpretación analógica de las causas de extinción de la pensión de alimentos recogidas en el Código

Civil Catalán, aplicable al derecho común por cuanto la falta de comunicación entre padres e hijos y falta de afección y solidaridad familiar puede dar lugar a ser causa de desheredación y, por tanto, de extinción de la pensión de alimentos. Ahora bien, se exige prueba de tal causa.

La parte recurrente aportó al acto de la vista, como documento n° 1 (folios 14 a 84) numerosos **pantallazos de WhatsApp** de conversaciones entre el recurrente y su hijo. En ellas se puede ver una relación cordial y afectuosa entre padre e hijo entre 2012 y junio de 2014, momento este último en el que empiezan a deteriorarse las relaciones entre ambos, ya que **el hijo deja de contestar** a los mensajes (folio 29 y siguientes). En junio de 2018 el hijo contesta al padre diciéndole que «sería genial dejar la parte legal como juzgados y demás estupideces que creo que ya somos lo suficientemente mayores para dejar de putearnos mutuamente. Hace ya tiempo que dejé de estar enfadado así que lo dicho háblame a mí y pregúntame lo que quieras no tendré ningún problema en contarte lo que quieras, pero sin abogados y sin citar a mi madre nunca más, que no quiere perder más tiempo con el mismo tema de siempre» (folio 32). Hay un segundo mensaje del hijo el 25 de octubre de

2018 pidiendo al padre verse, para evitar juzgados y juicios, «te vuelvo a tender la mano por segunda vez porque creo que es la mejor solución para todo», seguido por un mensaje del padre reprochándole llevar esperándole cuatro años él, su actual mujer y sus dos hermanos pequeños, emplazándole a que fuera a visitarles a su casa si quería. Por otro lado, el recurrente alegó (y no ha sido negado) que el hijo común no ha ido a conocer a sus hermanos ni ha ido a ver al padre cuando fue operado de corazón, hechos ambos que se coligen, además, del contenido de los WhatsApps aportados. Consta asimismo acreditado que el hijo común utiliza el apellido materno en sus redes sociales (folios 93 a 115) y ha debido cambiar el orden de los apellidos en el Registro Civil, al constar dado de Alta en la AEAT y TGSS con los apellidos xxx en lugar de "xxx" y funciona en su vida pública (Universidad) con ese orden de apellidos (folios 271 a 297). Incluso en el acto de la vista hubo cierta dificultad para extraer los datos del Punto Neutro Judicial al haberse invertido el orden de los apellidos.

De la prueba practicada, se extrae la conclusión de que es evidente que existe una **abierta hostilidad entre el hijo y el padre que surgió de forma abrupta**, desde junio de 2014, hace ya cinco años, **causada por el**

silencio del hijo ante las llamadas y mensajes de su padre, sin entrar en causas y razones que no corresponden a esta Sala. El hijo **no ha visitado** a su padre cuando estaba hospitalizado ni ha tenido interés en **conocer a sus hermanos** pequeños. Únicamente se vuelve a poner en **contacto con el padre cuando recibe su madre la demanda de modificación** de medidas definitivas en la que se solicita la extinción de la pensión de alimentos por causas de desheredación. De la prueba aportada por el demandante se extrae la convicción de que el padre intentó durante el tiempo en el que el hijo no le dirigía la palabra, entablar relación con él y obtuvo el silencio por respuesta. Dada la edad del hijo, **24 años**, la madurez de este le hace responsable de sus propias decisiones, entendiendo esta Sala que se dan las circunstancias recogidas en la jurisprudencia para entender que cabe la extinción de la pensión de alimentos. El hijo acreedor de los alimentos de sus progenitores, **ha apartado abruptamente a su padre de su vida**, sin preocuparse por su estado de salud, ni por su nueva familia, ni por sus hermanos. Ha cambiado el orden de los apellidos sin acreditar causa legítima alguna, lo que debe interpretarse como un rechazo al padre. Ha **cursado estudios sin comunicarle nada** al padre. En

definitiva: aplicando la anterior doctrina jurisprudencia!, **no puede exigirse al progenitor con el que no hay vínculos de solidaridad por parte del hijo, que siga, sin embargo, contribuyendo a los alimentos de quien no cumple con sus obligaciones básicas como hijo.** La actitud del hijo es **asimilable a una causa de desheredación.** Por ello, ha de acogerse el motivo y declarar la extinción de la pensión por causa de desheredación.

Al haberse estimado la pretensión principal, no es necesario entrar a valorar la posible reducción de la pensión por cambio en las circunstancias económicas y familiares del apelante.

CUARTO.- El último motivo del recurso es acerca del pronunciamiento sobre la extinción del **uso del domicilio familiar.** Recurre el apelante el mantenimiento del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares a la demandada y al hijo común de ambos. El Convenio Regulador que con la demanda de modificación se pretende modificar, establece, en relación con el uso y disfrute de la vivienda familiar que «el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, sita en XXX así como el ajuar doméstico que se encuentra en el mismo, se adjudica al menor y a la madre **hasta que el hijo común**

abandone por decisión propia el domicilio familiar o consiga un trabajo cuyo salario tenga un valor igual al doble del salario mínimo interprofesional (...)». La sentencia recurrida se limita a considerar que la medida (como la de la pensión de alimentos) responde a un criterio objetivo generoso por parte del recurrente. Considera la sentencia que no se dan los requisitos del Convenio Regulador ni se ha producido una variación sustancial en las circunstancias económicas del recurrente.

En atención a lo establecido en el fundamento anterior, habiéndose extinguido la pensión de alimentos por causa de desheredación, **el uso de la vivienda y ajuar familiares, que se hacían depender de la voluntad del hijo o de que alcanzase una independencia económica determinada, carece de sentido.** Una vez que los hijos alcanzan la mayoría de edad, **no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2º CC,** respecto de dichos descendientes que carezcan de ingresos propios. La prestación alimenticia **a favor de los hijos mayores de edad se fija conforme a lo expuesto en los artículos 142 y siguientes del CC, no en el artículo 93 CC.** Ningún alimentista mayor de edad tiene, por tanto,

derecho a obtener una parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar. Por tanto, **la atribución del uso de la vivienda ha de hacerse conforme al párrafo 3º del art. 96 del CC**, según el cual no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección (STS 5 de septiembre de 2011 y 30 de marzo de 2012).

En el presente caso, **la condición de que fuera el hijo mayor de edad el que eligiera irse u obtuviera un salario que le permitiera vivir por sí mismo, si bien es una disposición voluntaria entre las partes, ha de ser evaluada conforme a las circunstancias del momento actual**, en las que el hijo mayor de edad **no tiene ninguna relación con su padre ni tiene derecho a percibir alimentos de este por causa de desheredación**. Carece de sentido hacer depender del hijo el derecho del padre a disponer de su parte de la vivienda, cuando este último ha dejado de tener obligaciones respecto de aquel. El Convenio Regulador tenía como **finalidad garantizar los alimentos y**

vivienda del hijo común mientras no fuera independiente económicamente, anudando ambas medidas (alimentos y uso de la vivienda) a su situación económica. Habiéndose **extinguido** la obligación del padre respecto del hijo en materia de alimentos y, por mayoría de edad, en materia personal de patria potestad y régimen de visitas, no tiene sentido mantener el pacto que las partes entablaron que tenía una finalidad clara que **ha dejado de tener virtualidad en la realidad**. Por ello, ha de estarse a lo establecido en el Código Civil al respecto y se determina que, **hasta la liquidación del proindiviso de la vivienda, la vivienda familiar será utilizada alternativamente por períodos anuales** por uno y otro progenitor, comenzando la primera anualidad de disfrute por la ahora apelada, doña XXX, en atención al ser el suyo el interés más necesitado de protección dados los ingresos familiares de uno y otro y dado que no se ha acreditado que tenga vivienda en la que residir, al contrario que el apelante, que sí dispone de otra vivienda en la que vive con su actual familia. Dicha **alternancia se producirá hasta la extinción del proindiviso**.

QUINTO.- La estimación del recurso de apelación formulado lleva a no imponer las costas a ninguna de las partes, conforme al

criterio de vencimiento establecido en el artículo 398 de la LEC

III.- FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D. J frente a la sentencia de 6 de marzo de 2019, dictada en proceso de modificación de medidas n° xxx tramitado en el juzgado de Primera Instancia n° 7 de Móstoles, que revocamos, declarando extinguida la pensión de alimentos que el padre demandante debe satisfacer a la madre demandada en concepto de alimentos del hijo mayor de edad, así como declarando la extinción del uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares a favor del hijo, estableciéndose que, hasta la liquidación del proindiviso de la vivienda, la misma será utilizada alternativamente dos períodos anuales comenzando por la ahora apelada, doña XXX. Dicha alternancia se producirá hasta la extinción del proindiviso. Todo ello sin imposición de costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede haber la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, si se dan algunos de los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil,

1/2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DÍAS.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.