



Roj: **SAP O 2866/2018 - ECLI: ES:APO:2018:2866**

Id Cendoj: **33024370072018100381**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **7**

Fecha: **13/09/2018**

Nº de Recurso: **440/2018**

Nº de Resolución: **372/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO GARCIA VALTUEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION SEPTIMA**

**GIJON**

*SENTENCIA: 00372/2018*

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS**

**SECCIÓN SÉPTIMA**

**GIJÓN**

Modelo: N10250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 GIJÓN

-

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

Equipo/usuario: MGG

**N.I.G.** 33024 42 1 2017 0004115

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000440 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de GIJON

**Procedimiento de origen:** MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000423 /2017

Recurrente: Celestina

Procurador: EVA VEGA DEL DAGO

Abogado: JONATAN TOBIO FERNANDEZ

Recurrido: Teodulfo

Procurador: EVA CORTADI PEREZ

Abogado: CARLOS MAYO ALVAREZ PEREZ

**SENTENCIA nº. 372/2018**

PRESIDENTE: ILMO. SR. D. RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL TERÁN LÓPEZ

MAGISTRADO: ILMO. SR. D. EDUARDO GARCIA VALTUEÑA

En GIJON, a trece de septiembre de dos mil dieciocho.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en GIJON, los Autos de MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 423 /2017, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de GIJON, a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 440/2018**, en los que aparece como **parte apelante, D<sup>a</sup>. Celestina** , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. EVA VEGA DEL DAGO, asistido por el Abogado D. JONATAN TOBIO FERNANDEZ, y como **parte apelada, D. Teodulfo** , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. EVA CORTADI PEREZ, asistido por el Abogado D. CARLOS MAYO ALVAREZ PEREZ.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gijón, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 22-1-18, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

#### "FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora D<sup>a</sup> Eva Cortadi Perez, en nombre y representación de D. Teodulfo , frente a D<sup>a</sup> Celestina , declaro haber lugar a la modificación de las medidas acordadas en la Sentencia de fecha 17 de diciembre de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 3 de Gijón, en los autos n<sup>o</sup> 969/2002, declarando extinguida la pensión alimenticia de su hijo Arturo , con efectos desde la fecha de la presente resolución.

No se hace especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en el pleito."

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DOÑA Celestina , se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 12 de septiembre de 2018.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado DON EDUARDO GARCIA VALTUEÑA**.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 9 de Gijón estimó la demanda en el proceso de modificación de medidas definitivas interpuesta por don Teodulfo contra doña Celestina , declarando extinguida la pensión de alimentos establecida en el convenio regulador aprobado por la sentencia de separación de 17 de diciembre de 2002, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 3 de esta Villa en autos de separación n<sup>o</sup> 969/2002, a favor del hijo común don Arturo , quien nació el día NUM000 de 1997.

La demandada formula recurso de apelación en el que alega la concurrencia en la sentencia dictada de un error en la valoración de la prueba y la infracción del art. 93.2 del CC en relación con el art. 142 del Código Civil. Sostiene, en esencia, que no se ha probado que la situación económica del alimentante hubiera variado desde el establecimiento de la pensión y que el alimentista depende económicamente de su madre, al no trabajar por cuenta propia o ajena.

**SEGUNDO.-** Ha de partirse de que la pensión de alimentos fijada en sede de un procedimiento matrimonial necesariamente tiene vocación temporal y una vez que los hijos finalizan o cesan en sus estudios y se incorporan al mundo laboral o están en condiciones de acceder al mismo, la pensión otorgada en dicho procedimiento carece de fundamento y se extingue. Todo ello, de conformidad con los art. 91, 93, 94, 142, 147 y demás concordantes del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los desarrolla. Ello no significa que se le niegue a este hijo su derecho a alimentos, sino que, en caso de precisarlos, deberá reclamarlos directamente para sí frente a ambos progenitores, en el procedimiento establecido legalmente al efecto, fuera de los cauces de los procedimientos de familia.

Establece el apartado 3 del art. 152 del Código Civil 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". El criterio sostenido por esta Sala en Sentencias, en otras, de fecha 14 de junio, 30 de abril y de enero de 2018, en la interpretación del precepto considera que los progenitores tienen el deber de ayudar económicamente a sus hijos aunque lleguen a la mayoría de edad, en tanto no alcancen la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades, entendida no como una mera capacidad subjetiva de ejercer una profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes. Así la STS de 24 de octubre de 2008 señala que



para que pueda prosperar el cese de la obligación de prestar alimentos es preciso que el alimentista pueda realmente ejercer una profesión u oficio de una manera más o menos permanente, con posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no siendo bastante para decretar el cese de la prestación alimenticia la acreditación de una mera capacidad subjetiva, insistiéndose en el deber del alimentista de emplear la debida diligencia en la búsqueda de esa autonomía personal y económica, previniendo contra el favorecimiento de la pasividad en la lucha por la vida y la propia independencia. En esta línea, el art. 152 en su nº 5 también establece como causa de extinción de tal obligación cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa. Y es que el derecho alimenticio que en pro de los hijos mayores puede sancionarse en la litis matrimonial no ha de quedar sometido en orden a su pervivencia a los sólo requisitos de la convivencia en el hogar familiar y falta de autonomía económica, pues ello podría derivar en una cómoda postura del alimentista, que, amparadas sus necesidades básicas, no se esfuerza en lograr por sí mismo recursos pecuniarios, como inherentes a una actividad laboral a la que constitucionalmente viene obligado, o no pone tampoco especial empeño en culminar su formación académica o profesional, como elemento básico de su devenir labora. En definitiva, no puede olvidarse que el hijo mayor de edad debe emplear la debida diligencia en la búsqueda de un trabajo, salvo que no haya terminado su formación académica por causas que no le sean imputables, y que si la necesidad proviene de la falta de interés en conseguir un medio de vida, por la comodidad que supone vivir a expensas de los progenitores, la prestación de alimentos se declarará extinguida, pues lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida.

**TERCERO** .- En el caso presente ha de coincidir con la recurrente en que la extinción de la prestación alimenticia no puede basarse en el deterioro de la situación económica del obligado a su pago, pues ninguna prueba se allegó al juicio sobre cuál pudiera ser aquélla en el momento en el que se estableció la pensión y por ello no se tiene noticia de su variación, sin que pueda ser útil la invocación de la general situación de crisis económica. Pero, por el contrario, no resulta discutido que el alimentista abandonó sus estudios a los diecisiete años, sin que conste prueba alguna de que desde aquel momento y en los tres años siguientes hubiera desplegado actividad alguna tendente a completar su formación, ausencia probatoria que igualmente se extiende respecto de la alegación de que aquella pasividad obedeciera a la falta de recursos con qué afrontar los estudios, máxime cuando los datos que constan en el proceso permiten establecer que su madre gozaba de una situación económica que permitía afrontar tan reducido gasto. Es significativo de la pasividad del alimentista en la búsqueda de empleo el hecho de que solamente se haya registrado como demandante de empleo el 16 de octubre de 2017, esto es, en la misma fecha en que se data la contestación a la demanda como artificio para evidenciar una búsqueda de trabajo que no se justifica de otra forma.

Por el contrario, debe considerarse que la apelante explota un establecimiento hostelero, cuya apertura, que requirió una inversión de 424.259 euros, fue financiada parcialmente mediante un préstamo con una entidad bancaria por importe de 210.000 euros. En la citada actividad se ocupa la Sra. Celestina , pero también el alimentista, como lo evidencia el informe de una **detective** aportado junto con la demanda, que no fue contradicho, sino confirmado por la declaración en el juicio del propio Sr. Arturo , que admitió acudir diariamente a atender el bar desde la trece horas hasta las veintidós horas. Y la regularidad del tal trabajo y su amplitud temporal no permiten considerarlo una ayuda ocasional o episódica, máxime cuando se ha probado que se simultaneaba la prestación de aquellos servicios con la presencia de su madre en establecimiento

En consecuencia, no solamente no prueba al alimentista la realización de actividad formativa alguna, sino que se justifica su ocupación habitual en la explotación del negocio materno, por lo que procede acordar la extinción de la pensión alimenticia, confirmando por ello la sentencia recurrida.

**CUARTO**.- La desestimación del recurso interpuesto determina que se impongan al apelante las costas causadas por razón del mismo ( art. 398 nº 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por todo lo expuesto, esta Sala dicta el siguiente,

## FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Celestina , contra la sentencia de 22 de enero de 2018, dictada en autos de modificación de medidas supuesto contencioso 423/17, tramitados en el Juzgado de primera instancia 9 de Gijón, que se confirma, con imposición al apelante de las costas causadas por el recurso.

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