

Roj: **STS 19/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:19**Id Cendoj: **28079110012017100003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/01/2017**Nº de Recurso: **1945/2015**Nº de Resolución: **4/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP C 1123/2015,**
STS 19/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 11 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de abril de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 408/2014, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio de familia sobre modificación de medidas núm. 1945/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de la Coruña; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Carmelo, representado por la procuradora Dña. Ángeles González González, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Bermúdez de Castro Olavide, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. María Luisa Noya Otero en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Marina, representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén bajo la dirección letrada de D. Miguel Taboada Pérez, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Carmelo, representado por la procuradora Dña. Ángeles González González y asistido del letrado D. Ignacio Bermúdez de Castro Olavide, interpuso demanda de juicio verbal de familia sobre modificación de medidas, acordadas en divorcio consensuado, contra Dña. Marina, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«En cuya virtud se acuerde:

- »1. Ampliar el régimen de visitas a favor del Sr. Carmelo, de tal forma que a los fines de semana alternos que ya disfruta se añadan tres días de visitas intersemanales, proponiendo esta parte los lunes, martes y jueves.
 - »2. Se acuerde ampliar el régimen de visitas de los fines de semanas de tal forma que se adelante la recogida de los menores a las 20 horas del viernes.
 - »3. Rebajar la pensión alimenticia a cargo del Sr. Carmelo a la suma de 300.-€ mensuales.
 - »4. Respecto de los gastos extraordinarios, añadir que éstos han de ser consensuados.
- »Es justicia que pido».

2.- La demandada Dña. Marina se personó en las actuaciones representada por el procurador D. Alejandro Reyes Paz y bajo la dirección letrada de D. Miguel Taboada Pérez, y contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:



«Por la que se desestime dicha demanda íntegramente, con imposición de costas al demandante».

3.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables solicitando se dicte sentencia:

«que sea pertinente en atención a los hechos que resulten probados, y, en el caso de estimarse la demanda se resuelva sobre:

- »1. Determinación de la persona o institución a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos progenitores.
- »2. Régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio.
- »3. Mantenimiento o privación de la patria potestad, según el resultado de la prueba.
- »4. Cantidades que deben aportarse por cada progenitor para atender a las necesidades de alimentación y educación de los hijos; bases de actualización y garantías que deben prestarse para asegurarlas.
- »5. Atribución, si procede, del uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso ordinario a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de La Coruña se dictó sentencia, con fecha 6 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. que desestimo íntegramente la demanda formulada por la procuradora Dña. Ángeles González González en nombre y representación de D. Carmelo , contra Dña. Marina representada por el procurador D. Alejandro Reyes Paz. No se hace mención a las costas causadas en este procedimiento».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 27 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carmelo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de A Coruña recaída en los autos de modificación de medidas núm. 1392/13, debemos confirmar y confirmamos en todos sus extremos la referida resolución con imposición de las costas de alzada a la parte apelante».

TERCERO.- 1.- Por D. Carmelo se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por vulneración de los arts. 90 , 91 , 145 , 146 y 147 del Código Civil y en la contradicción de la doctrina acogida por la sentencia recurrida con la doctrina del **Tribunal Supremo** , así como la sentada al respecto por las Audiencias Provinciales.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por vulneración del art. 39.2 de la CE , art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor , y de los art. 103.1 .º, 158 y 159 del Código Civil , y en la contradicción de la doctrina acogida por la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial sentada al respecto por las Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 2 de diciembre de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Dña. Marina , presentó escrito de oposición al mismo. El fiscal también impugnó ambos motivos del recurso interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de enero de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

D. Carmelo , presenta demanda de modificación de medidas definitivas, solicitando: i) la reducción del importe de la pensión de alimentos, ii) que se precise que los gastos extraordinarios deben ser consensuados, iii) así como ampliar el régimen de visitas. Respecto de la pensión, alega que en la actualidad no puede hacer frente al importe pactado en el convenio regulador suscrito entre los progenitores y aprobado judicialmente por sentencia de fecha 21 de diciembre de 2012 , de 600 euros mensuales por los tres hijos, dado su nueva



situación laboral y económica, por lo que solicita su reducción a 300 euros en total. Igualmente alega que el régimen de visitas pactado en dicho convenio, fines de semana alternos desde las 10.00 del sábado hasta las 20.00 horas del domingo, resulta insuficiente, solicitando se amplíe inicialmente, a tres días intersemanales, y que los fines de semana se inicien el viernes a las 20 horas. Se solicitó la exploración de los menores, si bien no se admitió.

Mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se desestima íntegramente la demanda. En esencia y en lo que interesa al presente recurso de casación, por las siguientes razones: por lo que respecta a la reducción del importe de la pensión, expresamente dice: «no se estima la reducción del importe de la pensión de alimentos, pues aunque en la actualidad alega una situación de crisis, prefiere solicitar la reducción de la pensión de alimentos para sus hijos menores, que disminuir su nivel de vida. La mala situación económica, no debe excusar para el pago de alimentos a los hijos». Respecto del aumento del régimen de visitas, igualmente lo desestima con el siguiente argumento: «a la vista de lo actuado, y de la prueba practicada ha de concluirse que el régimen pactado, reitero, hace poco más de un año, ofrece las suficientes pautas de desarrollo y no resultan modulados ni prudentes mayores contactos, por lo que procede la desestimación». Se solicitó la exploración de los menores, y prueba psicosocial, si bien no se admitió.

Interpuesto recurso de apelación, alegando el interés y beneficio de los menores, reitera la solicitud de la exploración de los menores y de la práctica de la prueba psicosocial, que no fue admitida por Auto de fecha 22 de octubre de 2014. En dicha sentencia se resuelve «que no existe ninguna razón en la demanda que pueda justificar la ampliación del régimen de visitas solicitado. En primer lugar, no puede pretenderse y carece de seriedad que se solicite una modificación de un régimen de visitas que se ha acordado de común acuerdo cuando ha transcurrido únicamente un año desde tal acuerdo, sin que concurra cambio de circunstancias. En segundo lugar, en la demanda se solicitaban tres días intersemanales, en el recurso un día, y en el acto de la vista, vuelve a solicitar tres, de lo que se deduce que los únicos motivos a los que atiende el apelante es el propio interés y no el beneficio de los menores». Por lo que respecta a la solicitud de reducción del importe de la pensión de alimentos, resuelve expresamente: «si tal y como resulta acreditado documentalmente, en la fecha de firma del convenio los ingresos del demandante eran 1000 euros mensuales, hay que concluir que no se ha producido una alteración Es más, si en la fecha de la firma del convenio el demandante ya conocía los problemas que presentaba la empresa familiar, el convenio se firmó en diciembre de 2013, y según dice en el citado escrito de recurso de apelación, los problemas se presentaron ya en ese año, agravándose en otoño, hay que concluir que si convino con la progenitora una pensión de alimentos de 600 euros era porque conocía que podía pagar con sus ingresos dicha cantidad, posiblemente por recibir ingresos superiores a los que figuraban en las declaraciones de renta, pues en otro caso, resultaría inexplicable el compromiso de abonar 600 euros mensuales si sus ingresos eran únicamente 1000 euros».

En el primer motivo, el recurrente alega la infracción del criterio de la proporcionalidad a la hora de fijar la pensión de alimentos, con infracción de la doctrina de esta sala; alega su situación de desempleo, y el reconocimiento de una prestación por importe de 426 euros mensuales durante el periodo de 3 de octubre de 2014 a 2 de abril de 2015, así como el embargo de dicha prestación como consecuencia de la ejecución instada por impago de pensión de alimentos y gastos extraordinarios, por la progenitora, así como la presentación de querrela por impago de pensión de alimentos, tal y como se acreditó con la documental presentada y admitida por la Audiencia Provincial. En el segundo motivo, y en relación con la solicitud de ampliación del régimen de visitas, alega la infracción del principio de interés del menor, alegando jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales.

SEGUNDO .- *Motivo primero. Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por vulneración de los arts. 90, 91, 145, 146 y 147 del Código Civil y en la contradicción de la doctrina acogida por la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo, así como la sentada al respecto por las Audiencias Provinciales.*

El recurrente alega la infracción del criterio de la proporcionalidad a la hora de fijar la pensión de alimentos, con infracción de la doctrina de esta sala; alega su situación de desempleo, y el reconocimiento de una prestación por importe de 426 euros mensuales durante el periodo de 3 de octubre de 2014 a 2 de abril de 2015, así como el embargo de dicha prestación como consecuencia de la ejecución instada por impago de pensión de alimentos y gastos extraordinarios, por la progenitora, así como la presentación de querrela por impago de pensión de alimentos, tal y como se acreditó con la documental presentada y admitida por la Audiencia Provincial.

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

De lo actuado se deduce que el recurrente cuando pactó los alimentos para sus tres hijos en convenio regulador, debidamente homologado, tenía unos ingresos similares a los actuales, como se acredita con la documental aportada en oposición al recurso, la que expresamente se admite por esta sala. Por ello no se aprecia cambio



de circunstancias que aconsejen disminuir la cantidad de alimentos y ello porque se sigue preservando lo dispuesto en los arts. 145, 146 y 147 del C. Civil, al concurrir proporcionalidad entre la capacidad del progenitor y las necesidades de los menores, unido ello, a que no se han alterado sustancialmente las circunstancias que concurrían cuando se pactó el convenio regulador (arts. 90 y 91 del C. Civil). En base a ello no concurre infracción de la doctrina jurisprudencial expresada entre otras, en sentencia núm. 557/2016, de 21 de septiembre .

CUARTO .- *Motivo segundo. Al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por vulneración del art. 39.2 de la CE, art. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor, y de los art. 103.1.º, 158 y 159 del Código Civil, y en la contradicción de la doctrina acogida por la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial sentada al respecto por las Audiencias Provinciales.*

En el segundo motivo, y en relación con la solicitud de ampliación del régimen de visitas, alega la infracción del principio de interés del menor, alegando jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales.

QUINTO .- *Decisión de la sala .*

Se desestima el motivo.

En el convenio regulador las partes pactaron un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos (sábado y domingo).

En el presente procedimiento de modificación de medidas ha solicitado ampliarlo al viernes y tres días de visita intersemanales.

En la sentencia recurrida se ha desestimado el cambio, al no concurrir una modificación sustancial de las circunstancias pactadas un año antes.

El padre alega que el tiempo es escaso y que los niños desean mas convivencia con su padre.

Estos asertos (improbados por lo que respecta a los deseos de los hijos) no reúnen trascendencia como para modificar lo pactado libre y voluntariamente en el convenio regulador, no pudiendo las partes sin una base sólida plantear la modificación por mero capricho o cambio de opinión. Por ello tampoco concurre, en este caso, una violación de la doctrina jurisprudencial (sentencia núm. 242/16, de 12 de abril).

SEXTO .- *Costas.*

Se imponen al recurrente las costas de la casación (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Carmelo, contra sentencia de 27 de abril de 2015 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de La Coruña . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus extremos. **3.º**- Se imponen las costas de la casación al recurrente. **4.º**- Se acuerda la pérdida del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.