



Roj: **SAP V 4537/2000 - ECLI: ES:APV:2000:4537**

Id Cendoj: **46250370082000100414**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **8**

Fecha: **04/07/2000**

Nº de Recurso: **635/1999**

Nº de Resolución: **551/2000**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA LLANOS PITARCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo 635/99

SENTENCIA N° 551

SECCIÓN OCTAVA

Ilustrísimos Señores:

Presidente:

D. Eugenio Sánchez Alcaraz

Magistrados:

D^a. Rosa María Andrés Cuenca

D. Jose María Llanos Pitarch

En la Ciudad de Valencia, a cuatro de julio de dos mil.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Jose María Llanos Pitarch, los autos de juicio de modificación de medidas, promovidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Moncada, con el nº 61/98, por D. Enrique, contra D. Ángeles; sobre modificación de medidas, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por D. Enrique, representado por el Procurador D. Lidén Jiménez Tirado y dirigido por el Letrado D. Juan Riera Cabrera; habiendo comparecido en esta alzada D^a. Ángeles, representado por el procurador D. José Romero Perona y dirigido por el Letrado D. Carmen Odesa Rodrigo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de Primera Instancia nº 3 de Moncada, en fecha 28 de abril de 1999, contiene el siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D. María Lidón Jiménez Tirado en nombre y representación de D. Enrique contra D^a. Ángeles, debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de las medidas establecidas en la sentencia dictada por este Juzgado, con fecha 27 de junio de 1997, en los autos de **Divorcio** nº 239/97. No se realiza pronunciamiento expreso en costas procesales".

Segundo.- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por D. Enrique, admitido en ambos efectos y remitidos los autos a esta Audiencia donde oportunamente comparecieron el anteriormente citado y D^a. Ángeles, se tramitó la alzada con celebración de la vista correspondiente el día 15 de junio del presente año, a cuyo acto asistieron los Letrados de aquéllas, quienes solicitaron se dictara Sentencia conforme la pretensión de sus respectivos patrocinados.

Tercero.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales, excepto en lo referente al plazo para dictar sentencia, habida cuenta de las múltiples ponencias y la complejidad de las mismas, que pesan sobre el Ilmo. Magistrado ponente.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La representación de D. Enrique ha interpuesto RECURSO DE APELACIÓN contra la Sentencia de fecha 28 de abril de 1999, dictada por el juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Moncada. El motivo que da lugar a esta alzada, y por el que se pretende la revocación de la resolución recurrida, es la disconformidad de esta parte con el fallo en el que no se estima la reducción de la pensión de alimentos solicitada. Entiende esta parte que no se puede hacer referencia a la no alteración de circunstancias respecto de las medidas adoptadas en el Convenio Regulador que se mantiene en la Sentencia de **Divorcio**, puesto que dicho convenio era el mismo que el suscrito en el momento de dictarse Sentencia de Separación, momento en el que no se preveía el nacimiento de un nuevo hijo. Así mismo, manifiesta esta parte que incluso partiendo del hecho de que al tiempo del **divorcio** ya era conocedor del futuro nacimiento, nada se podía hacer al respecto puesto que no cabía preestablecer derecho alguno respecto de un nasciturus.

La parte apelada ha impugnado el recurso interpuesto de adverso, y ha solicitado la íntegra confirmación de la Sentencia de Instancia, entendiendo que no ha habido un cambio sustancial que justifique la variación de las medidas adoptadas, puesto que al tiempo de dictarse Sentencia de **Divorcio**, el apelante tenía conocimiento del futuro nacimiento de su nuevo hijo.

El Ministerio Fiscal ha solicitado igualmente la confirmación de la Sentencia "a quo".

Segundo.- Se centra esta apelación en la solicitud de modificación de las medidas adoptadas en la Sentencia de **Divorcio**, por las que el actor apelante debía abonar en concepto de alimentos a los dos hijos del primer matrimonio, la cantidad de 41.000 ptas. mensuales. En primer lugar, hemos de considerar que ciertamente todos los hijos del alimentista tienen la misma consideración jurídica y deben resultar igualmente protegidos por los Tribunales; priorizando en todo caso a aquellos que se encuentren en una situación de inferioridad respecto de los otros, con el fin de conceder a todos una misma protección. Así, la existencia de un nuevo hijo es causa suficiente para, en su caso, aminorar la pensión de alimentos a favor de los anteriores, de forma que el último no resulte perjudicado. No obstante, el propio actor ha reconocido en su confesión que junto a su actual esposa mantiene a su hijo Iván sin que el mismo se vea privado de bien ni alimento alguno por el hecho de contribuir a los alimentos de los hijos habidos durante el matrimonio anterior (posición quinta). En consecuencia, habrá que advertir que una cosa es la igualdad plena entre todos los hijos en derechos y obligaciones, y otra la falta de perjuicio para el nuevo hijo por el mantenimiento de la cuantía que en concepto de alimentos se viene abonando a los descendientes anteriores. Siendo así, y resultando además nada exagerada la cuantía de alimentos vigente, no puede prosperar la pretensión de la actora apelante, puesto que en la medida en que se debe aplicar lo previsto legalmente, debe prevalecer, a juicio de este Tribunal, en los asuntos de separación y **divorcio**, el favor filii, de forma que toda reducción en los beneficios que correspondan a los alimentistas, vendrá sometida a la más estricta aplicación del principio dispositivo, y siempre en aras de proteger a la parte más débil que resultan ser en estos supuestos los menores.

Tercero.- A mayor abundamiento, se hace necesario analizar las demás cuestiones planteadas por el actor en apoyo de su pretensión revocatoria de la Sentencia "a quo". Así, alega el apelante que si bien al tiempo del **divorcio** tenía conocimiento del futuro nacimiento de su nuevo hijo, las medidas que se aprobaron eran las ya suscritas al tiempo de la separación; siendo además que dicho conocimiento futuro no podía considerarse alteración sustancial de circunstancias, para basar en ello un cambio en las medidas precedentes. Esta argumentación debe ser igualmente rechazada, puesto que, por una parte, debemos señalar que con el **divorcio** nos encontramos ante una situación jurídicamente distinta de la separación y por tanto novedosa, lo que implica la desvinculación plena de las medidas adoptadas en la separación respecto de las medidas que puedan adoptarse en el **divorcio**, de forma que no es preciso acreditar un cambio sustancial de circunstancias para variar las medidas, al tratarse de una situación que se presenta "ex novo" y que se debe resolver en el momento en el que se plantea. Así mismo, no puede tampoco sostenerse que el nacimiento del nuevo hijo fuera un hecho futuro que aún no había acaecido y respecto del cual, en consecuencia, no podían tomarse medidas previas. Ciertamente es que el nacimiento del nuevo hijo era un hecho futuro, sin embargo se trataba, como así se ha acreditado con posterioridad, de un acontecimiento perfectamente previsible, puesto que lo inesperado hubiera sido precisamente la no confirmación de dicho nacimiento. Se trata de un devenir natural y predecible, lo que tendría precisamente como excepción su no ocurrencia. Finalmente, por lo que se refiere a las manifestaciones del apelante, en orden a la imposibilidad de considerar "persona" a efectos jurídicos a su hijo no nacido, y consiguientemente a la imposibilidad de reconocerle derechos y obligaciones con anterioridad al nacimiento, llamamos la atención del hecho de que si bien es cierto que la personalidad se adquiere con la subsistencia independiente durante 24 horas posteriores al nacimiento, también es cierto que nuestro Código Civil reconoce derechos al nasciturus, los cuales obviamente vendrán plenamente confirmados con el efectivo nacimiento. Así, los artículos 959 a 967 del Código Civil, vienen a regular las precauciones sucesorias que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, protegiendo por ende al heredero póstumo del causante, y



reconociéndole en consecuencia todos los derechos que le corresponden en su condición de descendiente a efectos de la herencia yacente. Tales derechos sólo se le harán efectivos una vez nacido, pero se reconocen los mismos, en potencia, con anterioridad al previsible nacimiento. Esto mismo podría haber justificado en el presente asunto, el cambio de las medidas adoptadas en el **divorcio** a efectos de la pensión de alimentos, reiterando no obstante el hecho de que no se requiere una alteración sustancial de las circunstancias acaecidas entre la separación y el efectivo **divorcio**.

Cuarto.- En orden a las costas, en función de los intereses puestos en conflicto, y tratándose de resoluciones que quiebran con situaciones familiares voluntariamente queridas en su momento, es criterio mantenido por este Tribunal su no imposición en esta alzada.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Desestimamos el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación de D. Enrique , contra la Sentencia de fecha 28 de abril de 1999, dictada por el juez del juzgado de Primera Instancia número 3 de Moncada, en Incidente de Modificación de Medidas, registrado con el número 61/98 , la que CONFIRMAMOS, sin imponer las costas causadas en esta alzada.

Y siendo firme la presente, con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su constancia y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.