



Roj: **STS 2081/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:2081**

Id Cendoj: **28079110012013100223**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/04/2013**

Nº de Recurso: **988/2012**

Nº de Resolución: **250/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 116/2012,**  
**STS 2081/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 80/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ubeda, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Borja , la procuradora doña Mirían López Ocampos. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Angel Luis García Gonzalo, en nombre y representación de doña Eva María . Es parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Maria Teresa Hurtado Olivares, en nombre y representación de don Borja , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Eva María y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se de lugar al divorcio, con los efectos enunciados en el hecho séptimo del cuerpo del la presente demanda, con condena en costas a la parte demandada, si concurrieren las circunstancias previstas en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

**2.-** La procuradora doña asunción Peragón Trujillo, en nombre y representación de doña Eva María , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acceda a la pretensión principal de divorcio pero no a las modificación de las medidas solicitadas de contrario en su hecho séptimo referente a la disminución de la pensión por alimentos y participación de mi mandante en el 50% de las cargas familiares, por los motivos expuestos en el presente escrito, con expresa imposición de costas a la parte actora.

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Ubeda (Jaén), dictó sentencia con fecha 8 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: *SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por don Borja , representado por doña María Teresa Hurtado y asistido de don Diego Sola Montiel, contra don Eva María representada por doña Asunción Peragón Trujillo y asistida por don Ángel Luis García Lozano, declarando la disolución del matrimonio por divorcio de don Borja y doña*



*Eva María* , declarado vigentes las medidas acordadas en la sentencia de separación que se dictó en el previo proceso nº 305/2004 del Juzgado nº 2 de Úbeda, salvo los siguientes pronunciamientos:

*Respecto a los alimentos para los hijos, el padre satisfará a doña Eva María la cantidad de 300 euros para cada uno de ellos que mensualmente, será ingresada en la cuenta que la Sra. Eva María designe en los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad se acomodará anualmente a las variaciones que sufra el IPC fijado por el INE u otro organismo que lo sustituya.*

*Cada una de las partes satisfará el 50% de los gastos extraordinarios de los hijos que se pudieren ocasionar.*

*Respecto de la hipoteca que grava la vivienda familiar, ambas partes harán frente al pago de la misma al 50%, así como a los inherentes, es decir, las cuotas correspondientes a dicha hipoteca, seguros obligatorios por dicho préstamo hipotecario, el Impuesto sobre los bienes inmuebles, derramas extraordinarias de comunidad destinadas al mantenimiento y conservación del inmueble.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Borja , la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Estimandose el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia número 121/11, de fecha 8 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Ubeda , en autos de divorcio, seguidos en dicho Juzgado con el nº 80/11, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en cuanto a los pronunciamientos sobre alimentos de los hijos y pago de la cuota hipotecaria, y en su lugar, debemos mantener y mantenemos las medidas que sobre alimentos de los hijos y pago de la hipoteca regían por expreso pacto de las partes en convenio regulador de sus relaciones futuras firmado en la ciudad de Ubeda, el día 14 de mayo de 2004, sin condenar en las costas de la instancia y esta alzada a ninguna de los litigantes.*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal don Borja con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 1362. 2º y 1255 CC por aplicación indebida con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de las Sala Civil del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2008 . **SEGUNDO**.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 90 cc por aplicación indebida y necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de la norma que se considera infringida o desconocida por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de noviembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Inmaculada Plaza Villa, en nombre y representación de doña Eva María , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del segundo motivo del recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de Abril del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- D. Borja estaba casado con Doña Eva María . Del mencionado vínculo matrimonial nacieron dos hijos, Jorge y Elisa, de 17 y 13 años de edad en el momento de interponer la demanda. Mediante sentencia de 28 de septiembre de 2004 , se decretó la separación de los cónyuges y se aprobó el convenio regulador en el que se estableció que la guarda y custodia de ambos hijos la tuviera la madre y que el padre satisfaría a su cónyuge en concepto de alimentos la cantidad de 400 euros por cada uno de ellos. Se convino, además, que el pago del préstamo hipotecario de la vivienda conyugal lo haría efectivo en su totalidad el Sr. Borja , que es el que formula la demanda.

Como quiera que, a su juicio, las circunstancias habían cambiado con motivo de una nueva relación de pareja, de la que tiene otros dos hijos, solicitó, junto al divorcio, una modificación de las medidas adoptadas con relación a los alimentos y a la hipoteca. Aquellos para que se redujeran a 250 euros por cada hijo. Esta para que el préstamo se haga efectivo al 50% por cada uno de los cónyuges.

La sentencia de la Audiencia niega una y otra medida con los siguientes argumentos: " *En el caso que se examina, la variación en las circunstancias tenidas en cuenta en la elaboración del convenio por aumento de las necesidades económicas, se ha producido de forma voluntaria por el obligado a su pago, y por lo tanto*



*no impuestas al mismo contrariamente a su voluntad, lo que determina que no pueden ser repercutidas sus consecuencia en los alimentos correspondientes a sus hijos, no participando su nueva situación de objetividad y al margen de quien insta el procedimiento nuevo, así como no ser ni imprevista, ni previsibles, al momento de la realización del convenio regulador, negocio jurídico en el ámbito del derecho de familia, que se encuentra radicado en el principio "pacta sunt servanda" ( art. 1255 CC ) y que permite el pago por uno de los cónyuges al acreedor hipotecario, de la efectiva deuda de la cuota hipotecaria, y ello sin perjuicio ni limitación de los derechos del citado acreedor hipotecario, derivadas del contrato de préstamo, siendo que los pagos realizados por uno solo de los cónyuges, habrán de tener su reflejo contable al momento de la liquidación del bien ganancial. Por lo tanto existiendo acuerdo en el pago de la cuota por uno solo de los cónyuges, sin limitación de los derechos del acreedor hipotecario, concretada en su facultad de reclamar de los deudores, no procede suprimir la obligación de pago en la forma pactada entre los socios, conforme al contenido del art. 1091 del CC , en relación con el citado artículo 1255 CC " .*

**SEGUNDO.-** D. Borja formuló un doble motivo de casación por existencia de interés casacional. El primero por infracción de lo dispuesto en los artículos 1362 y 1255 del Código Civil , por aplicación indebida, puesto que se ignora la jurisprudencia que cita en el motivo referida a que la hipoteca que grava la vivienda familiar no debe ser considerada carga del matrimonio, sino una deuda de la sociedad de gananciales y de que es posible instar el cambio en un nuevo procedimiento, como el de divorcio, sin que ello suponga vulneración del artículo 1255 CC .

Es desestima.

Es cierto lo que dice el motivo sobre la consideración de la hipoteca como deuda de la sociedad de gananciales y no como una carga del matrimonio y así resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala expresiva de que se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio ( SSTS 29 de abril de 2011 ; 26 de noviembre 2012 , entre otras).

Ahora bien, no es este el caso. La obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial siendo doctrina reiterada de esta Sala que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación ( STS de 4 noviembre de 2011 ), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada por la sentencia recurrida se compadece con el acuerdo de las partes en esta materia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya habían admitido su validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997 ( SSTS 31 de marzo 2011 ; 20 de abril y 10 de diciembre 2012 ), sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados que proclama el artículo 1255 C.C , permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses, como aquí sucede. No se configura, por tanto, como un cambio de medidas por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura, en este caso de la separación matrimonial y no del divorcio, cuando a este le precede aquel, sino de un contrato que debe mantenerse en el procedimiento de divorcio. De un lado, porque que sirve para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. De otro, porque en dicho pacto no se contempla el cambio a partir de una situación económica distinta del obligado, sino que se acuerda el pago íntegro de las cuotas del préstamo hipotecario con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro y de los derechos del acreedor derivadas del préstamo, que no se ven alterados por ese pacto.

**TERCERO.-** El segundo motivo se insta de la sala un pronunciamiento que unifique los criterios jurídicos discrepantes entre las Audiencias Provinciales con relación a la modificación de las medidas alimenticias como consecuencia del nacimiento de otros hijos fruto de una nueva relación de pareja del progenitor alimentante.

La sentencia niega que exista cambio de circunstancias porque el *"aumento de las necesidades económicas, se ha producido de forma voluntaria por el obligado a su pago, y por lo tanto no impuestas al mismo contrariamente a su voluntad, lo que determina que no pueden ser repercutidas sus consecuencia en los alimentos correspondientes a sus hijos"* . De esa forma, la sentencia se alinea con aquellas otras que consideran que el nacimiento de nuevos hijos, fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, una alteración de circunstancias que permita reducir las pensiones alimenticias establecidas para con los hijos de una relación anterior, toda vez que dicha situación deriva de un acto voluntario y consciente de las obligaciones asumidas que no puede perjudicar a aquellos ( SSAP de Valencia de 6 de marzo de 2.008 y 19 de junio 2012 - Sección 10ª-; Madrid de 3 y 13 de febrero de 2.009 -Sección 22ª-; Málaga , de 17 de octubre de 2.007 - Sección 6ª-;



Pontevedra de 15 de febrero de 2.006 -Sección 3ª-; Sevilla , de 29 de diciembre de 2.003 - Sección 8ª-; Cuenca 28 de junio 2011 - Sección 1ª-; Santa Cruz de Tenerife de 16 de febrero 2012 -Sección 1ª-, entre otras).

En contra, otras Audiencias Provinciales resuelven sobre la base de que las pensiones se fijan atendiendo al caudal y medios del obligado y a las necesidades del beneficiario y la igualdad de todos los hijos por lo que consideran que el nacimiento de un nuevo hijo es un hecho nuevo susceptible de alterar la situación preexistente y, con ello, de reducir las prestaciones establecidas a favor de los hijos de una anterior relación (SSAP de A Coruña, de 3 de noviembre de 2.005 -Sección 4ª-; Badajoz, de 4 de diciembre de 2.002 -Sección 1ª-; Cádiz , de 22 de enero de 2.002 - Sección 5ª-; Las Palmas , de 2 de febrero de 2.001 -Sección 4ª- ;Vizcaya , de 20 de diciembre de 2.006 - Sección 4ª-, entre otras).

La Sala no acepta el criterio de la Audiencia.

Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española , sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.

Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo si que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, -situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna-. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquel disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer ( STS 3 de octubre de 2008 ).

En lo que aquí interesa supone que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos, prueba que no se ha hecho. Y es que el cambio de medida se argumenta en la demanda exclusivamente sobre la base del nacimiento de estos dos nuevos hijos, sin que la misma contenga referencia alguna a si esta nueva situación supone una merma de su capacidad económica, que puede incluso haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de los hijos, obligada también a su sostenimiento, cuyos recursos se ignoran, siendo así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 145 del Código Civil , "cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo".

**CUARTO.-** El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia provincial, en lo que se refiere a este segundo motivo, pese a mantener el criterio desestimatorio de la demanda, y formular como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas, de ninguna de ambas instancias, ni de las causadas por este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

**FALLAMOS**

1º Haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Borja , contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, en fecha de 10 de febrero de dos mil doce, en el rollo de apelación 435/2011 ,

2º Se casa y anula la sentencia recurrida, únicamente en lo que se refiere a la medida sobre alimentos de los dos hijos del matrimonio, pronunciamiento que se mantiene si bien por razones distintas de las que refiere la sentencia.

3º Se resuelve en el sentido de revocar la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Úbeda, de fecha 8 de julio de 2011 , por la cual se estimaba en parte la demanda de divorcio y se modificaba la medida alimenticia acordada en juicio previo de separación matrimonial.

4º Se declara como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

5º No se hace expresa imposición de costas de ninguna de las instancias, ni tampoco de las de este recurso de casación.

Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.