



Roj: **SAP M 667/2007 - ECLI:ES:APM:2007:667**

Id Cendoj: **28079370242007100023**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **07/02/2007**

Nº de Recurso: **731/2006**

Nº de Resolución: **169/2007**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00169/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 731/06

Autos nº: 184/05

Procedencia Juzgado 1ª Instancia nº 6 de Majadahonda

Apelante: D. Luis Andrés

Procurador: D. JUSTO ALBERTO REQUEJO CALVO

Apelado-Impugnante: Dª. Fátima

Procurador: Dª. PILAR RODRIGUEZ DE LA FUENTE

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

S E N T E N C I A Nº 169

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A SIETE DE FEBRERO DE DOS MIL SIETE.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas número 184/05, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Majadahonda.

De una, como apelante D. Luis Andrés , representado por el Procurador D. JUSTO ALBERTO REQUEJO CALVO.

Y de otra, como apelada-impugnante Dª. Fátima , representada por la Procuradora Dª. PILAR RODRIGUEZ DE LA FUENTE.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ .



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 de 7 de febrero de 2006, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Majadahonda, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda de MODIFICACION DE MEDIDAS instada por D. Luis Andrés , y en su nombre el procurador Sr. Bosco Hornedo, contra Dña. Fátima , representada por el procurador Sr. Herrero Peña, MANTENIENDO lo acordado en Sentencia de Separación, ratificada en divorcio con aprobación de Convenio regulador de 26 de Noviembre de 2000, salvo en lo que se diga a continuación.

Se adjudica la Guarda y Custodia de Luis Andrés al padre. La madre tendrá derecho de visitas en los mismos términos que sus hermanos para con el padre, procurando hacer coincidir a los mismos en el ejercicio de dichas visitas. Deberá abonar la madre en concepto de alimentos para el menor y en tanto no cambien las circunstancias la cantidad de 300 E./mes, que serán abonadas dentro de los primeros cinco días y que se revalorizarán anualmente conforme al IPC.

El padre deberá abonar, en concepto de alimentos para los hijos no custodios, la cantidad de 540 E./hijo/mes. Ambos se informarán de las respectivas cuentas para hacer los ingresos.

No se hará pronunciamiento en costas."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Luis Andrés , mediante escrito de fecha 30 de marzo de 2006, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad procesal.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada, Dña. Fátima , mostró su oposición a dicho recurso así como la impugnación de la sentencia, por las razones expresadas en su escrito de fecha 4 de mayo de 2006, al que en aras a la brevedad nos remitimos y damos aquí por reproducido.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Ambos litigantes combaten la resolución de instancia, recaída en proceso de modificación de medidas formulada por el actor, y fechada a 7 de febrero de 2006, por vía de recurso el demandante y de impugnación por la demandada, aquel con la pretensión de que los alimentos en beneficio de los hijos comunes se reduzcan a 400 € mensuales para los dos, y esta interesando se deje sin efecto la atribución de guarda del hijo Fernando a favor del progenitor masculino.

SEGUNDO.- A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, in fine , 100 y 101 del Código Civil .

Como se ha venido manteniendo en esta misma Audiencia Provincial, sentencia, entre otras muchas de 24 de mayo de 2005, los preceptos que acabamos de citar nos habilitan anómalos cauces de revisión, esto es al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983 , 221/1984 y 242/1992 , entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:



1º.-Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.

2º.-Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.

3º.-Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.

4º.-Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

TERCERO.- A la vista de los antecedentes fácticos, de la normativa legal aplicable y doctrina que acabamos de exponer, y atendidas las concretas circunstancias concurrentes, si se detecta cierta alteración sustancial, en el momento actual, de circunstancias, en términos comparativos respecto del momento de la suscripción del Convenio Regulador de 26 de noviembre de 1998, sancionado por sentencia de divorcio de 4 de enero de 1999 , así como respecto de la fecha de la sentencia de modificación de medidas de 24 de febrero de 2.004 , por cuanto se acredita documentalmente, a través del correspondiente certificado de empresa, el cobro de un salario ascendente a 12.000 € dividido en 12 mensualidades (documento obrante al folio 212 de las actuaciones, consistente en certificado de salarios emitido por la empresa Rivas Hispánica de Servicios Económicos S.L., emitido a 20 de diciembre de 2005, al que nos remitimos y damos en aras de la brevedad por reproducido), el que se corresponde con la información tributaria que del actor obra en autos, así como con el certificado de vida laboral (folio 215 de las actuaciones).

En este orden de cosas, en la actualidad los hijos cursan estudios en centros públicos, cuando antes los realizaban en centros privados, con la consiguiente disminución del coste, y finalmente, la madre recurrida genera ingresos sensiblemente superiores a los del padre, de donde puede suplir cualquier deficiencia que quede al descubierto con la contribución paterna.

Por estas razones estimamos que en efecto se ha producido un cambio sustancial, en los términos y presupuestos que hemos definido en el precedente fundamento jurídico, al que nos remitimos, a traducir en una reducción de la contribución paterna, más no tan drástica como la pretendida, considerando ponderada una cuantía mensual de pensión por hijo de 400 € mensuales, sin que debamos ser más sensibles al cambio en atención, por un lado, a que le ha sido atribuida la custodia de uno de los hijos comunes, en concreto Fernando, cuya madre, la recurrida impugnante, deberá desembolsar a favor del mismo 300 € mensuales, y siendo que el propio hijo percibe retribución de 100 € semanales.

No tenemos en consideración que el apelante haya formado una nueva familia y tenga otro hijo más, toda vez que, como se dijo en la sentencia de esta misma Sala de fecha 26 de mayo de 2.005 , la actual esposa del Sr. Luis Andrés , está directamente obligada a contribuir a los alimentos de ese nuevo hijo, pues así le viene impuesto en virtud de los artículos 110 y 154, entre otros, del Código Civil , pudiendo hacerlo, pues otra cosa no nos consta, incluso hasta el punto, extremo que se desconoce y solo se apunta como posible, de hacer innecesaria la participación del padre.

En definitiva, procede estimar el presente recurso, con revocación en este punto de la sentencia de instancia.

CUARTO.- El motivo de impugnación que se formula por la representación procesal de D^a. Fátima , no puede obtener favorable acogida, toda vez que el hijo Fernando, nacido a 20 de marzo de 1989, muy próximo a la mayoría de edad, ha decidido voluntariamente convivir con su progenitor masculino, y su voluntad ha de ser respetada, por encima de los deseos de la madre, al presumirse por razón de edad, madurez, criterio y juicio suficiente, como para poder decidir en régimen de igualdad con sus progenitores, con cual de ellos es mas adecuada la convivencia, de donde no puede ser estimado este motivo de recurso, en cuanto podría ser contraproducente contrariar tal voluntad que sería negativamente vivida por Fernando como una imposición no deseada.

En este punto procede la confirmación de la sentencia de instancia, con desestimación de la impugnación que contra la misma se deduce.

QUINTO.-Al ser estimado el recurso, no procede pronunciamiento de condena a ninguno de los litigantes, al pago de las costas de la alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la L.E.Civil .

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

III.- F A L L A M O S



Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Andrés , representado por el Procurador D. JUSTO ALBERT REQUEJO CALVO, y DESESTIMANDO la impugnación formulada por D^a. Fátima , representada por la Procuradora D^a. PILAR RODRIGUEZ DE LA FUENTE, contra la sentencia de fecha 7 de febrero de 2006, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Majadahonda , en autos de Modificación de Medidas número 184/05; debemos ACORDAR Y ACORDAMOS, cuantificar la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes cuya guarda ejerce la madre, en 400 € mensuales para cada uno, a cargo del recurrente, abonables y a actualizar en la forma que ya viene establecida.

Se confirma en lo restante la sentencia de instancia, todo ello sin que proceda pronunciamiento de condena a ninguno de los litigantes, al pago de las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico en Madrid a