



Roj: **SAP BI 2174/2002 - ECLI:ES:APBI:2002:2174**

Id Cendoj: **48020370042002100481**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **11/07/2002**

Nº de Recurso: **917/2001**

Nº de Resolución: **484/2002**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-01/033380

APEL. AUTOS FAMIL 917/01

O. Judicial Origen: 1ª Instancia(Familia) nº 5

(Barakaldo)

Autos de INCIDENTAL FAM. 482/00

Recurrente Jose Augusto

Procurador/a: JOSE FELIX BASTERRECHEA ALDANA

Recurrido: Montserrat y

MINISTERIO FISCAL.

Procurador/a: MARIA FELICIDAD LLAMA DIAZ DE

CERIO y

SENTENCIA N° 484/02

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDÉS SOLÍS CECCHINI

D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ

D. JULIAN Mª ARZANEGUI SARRICOLEA

En BILBAO, a once de Julio de dos mil dos.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, los presentes autos de Juicio de Modificación de Medidas nº 482/00, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Barakaldo y seguidos entre partes: como apelante D. Jose Augusto representado por el Procurador Sr. Basterrechea Aldana y con Letrado Sr. Felix Escribano Puertas y como apelado que se opone al recurso de apelación D. Montserrat representada por la Procuradora Sra. Llama Díaz de Cerio y con Letrada Sra. Mª. Jesús Real Flores y con la intervención del Mº FISCAL.



SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 13 de Julio de 2001 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que desestimando como desestimo, íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. JOSE FELIX BASTERRETxea ALDANA en nombre y representación de D. Jose Augusto , contra D^a Montserrat , debo absolver y absuelvo a dicha demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

No se hace expresa imposición de las costas procesales."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación del demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n° 917/01 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GARCÍA MARTÍNEZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Entiende la Sala que el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un ineludible incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles (arts. 154.1°, 147 y 92 CC), constituye una alteración de las circunstancias que puede ostentar aptitud para justificar la modificación de la prestación judicialmente acordada en favor de los descendientes habidos del matrimonio que fue objeto de separación o disolución.

En este sentido se debe tener en cuenta, por un lado, que cualquier persona, no obstante haber tenido un fracaso matrimonial (o de relación personal), y aunque del mismo deriven obligaciones paterno-filiales, tiene el derecho de rehacer su vida y, si así lo desea, traer al mundo nuevos hijos, sin que tal derecho pueda impedirse, ni tan siquiera limitarse, por la existencia de anteriores hijos, y, por otro, que no cabe la más mínima duda de que teniendo una persona varios hijos, todos ellos tienen los mismos derechos de alimentación, vestido, educación, etc. (art. 39 CE).

El argumento maximalista de que un nuevo o nuevos nacimientos no pueden perjudicar los derechos adquiridos por el hijo o hijos anteriores carece de cualquier base jurídica y supone una flagrante discriminación para los hijos nacidos de la nueva relación.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, no podemos compartir la decisión desestimatoria de la sentencia de instancia, basada en el reproche de no haberse probado por el demandante la carencia o insuficiencia de recursos de su actual esposa, de tal manera, señala, "que a ésta no le sea dado contribuir al sostenimiento de sus nuevos hijos", por un lado, porque no existe prueba de que la actual esposa del actor disponga de ingresos o recursos económicos propios, ni tan siquiera, y eso es lo único que afirmaba la parte demandada en el escrito de contestación, de que la misma tenga una tienda de caramelos, circunstancias ambas cuya prueba, en lo concerniente a la carga, habría que proyectar sobre la demandada, habida cuenta, en el primer caso, la dificultad para el actor de probar un hecho negativo indefinido por contraposición a la facilidad de la prueba del hecho positivo para la demandada, y, en el segundo, que se trata de un hecho afirmado en la contestación (art. 1.214 LEC de 1.881 y jurisprudencia que lo interpreta y actual art. 217 LEC), y, por otro lado, porque los eventuales ingresos que pudiera percibir la actual esposa del demandante no exonerarían al mismo de sus deberes, entre ellos el alimenticio, para con sus nuevos hijos.

TERCERO.- Ahora bien, la necesidad de valorar el derecho del progenitor a crear una nueva familia, así como el principio de igualdad de los hijos, todo ello admitiendo, como admitimos, que el advenimiento de nuevos hijos puede conllevar un cambio sustancial de las circunstancias, tampoco permite obviar la consideración de que no pueden verse injustificadamente perjudicados en sus derechos asistenciales los hijos habidos en el matrimonio anterior, debiendo conciliarse en la medida posible los intereses en juego, tomando en consideración, por un lado, el carácter libre y voluntario y por ende responsable del aumento de las cargas familiares, y por otro, el deber de no poner en peligro la subsistencia y la educación de los alimentistas que tenían reconocido su derecho anteriormente, puesto que el nacimiento de nuevos deberes no puede significar



el olvido de los ya existentes, todo ello, obviamente, sin perder de vista el dato, muy trascendente, de los ingresos o recursos de los que disponga o con los que cuente el alimentante.

Pues bien, en esta tesitura consideramos lo más procedente, atendidos los ingresos del actor que resultan de los autos a tenor de la declaración de la renta, únicos que resultan probados, modificar la estipulación cuarta del convenio regulador en el único sentido de reducir al 15% el porcentaje de cálculo que en la misma se establece al tipo del 20%, lo que significa estimar parcialmente el recurso interpuesto y la demandada promovida revocando la sentencia apelada, salvo en el pronunciamiento de costas, y todo ello sin verificar expresa condena en las costas de esta alzada (art. 398.2 LEC).

En atención a lo expuesto

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Augusto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 Baracaldo, con fecha de 13 de julio de 2.001, en los autos de modificación de medidas nº 482/00- B, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y estimando parcialmente la demanda interpuesta por aquél contra Dª Montserrat debemos modificar y modificamos la estipulación cuarta del convenio regulador suscrito el 19 de julio de 1.994 en el único sentido de reducir al 15% el porcentaje de cálculo que en la misma se establece al tipo del 20%, todo ello sin verificar expresa condena ni en las costas de la instancia ni en las de la alzada.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 09 de Septiembre de 2.002, de lo que yo la Secretario certifico.