



Roj: **SAP BI 2783/2006 - ECLI:ES:APBI:2006:2783**

Id Cendoj: **48020370042006100441**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **20/12/2006**

Nº de Recurso: **614/2005**

Nº de Resolución: **810/2006**

Procedimiento: **Recurso apelación de divorcio contencioso LEC 2000**

Ponente: **IGNACIO OLASO AZPIROZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ªplanta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.02.2-04/013468

A.divor.conte.L2 614/05

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

Autos de Divor.contenc.L2 1142/04

|

|

|

|

Recurrente: Eloy

Procurador/a: SIN PROCURADOR

Recurrido: Eugenia

Procurador/a: MONICA DURANGO GARCIA

SENTENCIA Nº 810/06

ILMOS. SRES.

D. IGNACIO OLASO AZPIROZ

DÑA. LOURDES ARRRANZ FREIJO

DÑA. REYES CASTRESANA GARCÍA

En BILBAO, a veinte de Diciembre de dos mil seis.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento DIVOR.CONTENC.L2 1142/04, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Barakaldo y seguido entre partes: Como apelante Eloy (no se persona). Como apelada que se opone



al recurso Eugenia representada por la Procuradora Sra. Durango García y dirigida por el Letrado Sr. Pont Goiricelaya. Con la intervención del Ministerio 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 9 de Mayo de 2005 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de separación presentada por la Procuradora D^a. María Luisa Gutiérrez Ontoria en nombre y representación de D. Eloy contra D^a. Eugenia debo decretar y decreto el divorcio de los litigantes con todos sus efectos legales y acuerdo como medidas que han de regir las siguientes:

a) Se atribuye a la madre la guarda y custodia del menor Cosme con patria potestad compartida y como régimen de visitas del no custodio el que acuerden libremente padre e hijo.

b) El padre deberá abonar en concepto de alimentos de su hijo Cosme la cantidad de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON SETENTA Y TRES CENTIMOS (496,73) mensuales hasta que el mismo alcance la mayoría de edad. Tal cantidad mensual será ingresada por el padre los días 15 de cada mes en la cuenta abierta a nombre de la madre y del hijo en BBK oficina NUM000 , que será revisada a fecha de 1 de Enero de acuerdo con la variación del IPC publicada por el INE u organismo que o sustituya.

Queda extinguida la pensión compensatoria.

No ha lugar a imponer costas."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la 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 nº 614/05 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. IGNACIO OLASO AZPIROZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- La parte recurrente se muestra disconforme con la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de instancia en el particular relativo a los alimentos que debe pagar a su hijo Cosme , cuyo importe se mantiene en relación a lo acordado en el convenio regulador de la separación matrimonial; el apelante solicita que se reduzca hasta la cantidad de 180 Euros mensuales por haberse modificado las circunstancias existentes cuando dicha pensión se fijo en el convenio regulador, tanto por disminución de ingresos laborales como por aumento de gastos al haber tenido el recurrente otro hijo de una relación afectiva posterior.

SEGUNDO .- Es sabido, conforme al penúltimo párrafo del artº 90 del Código Civil , que las medidas alimenticias o económicas convenidas por los cónyuges pueden ser modificadas judicial o convencionalmente cuando se alteren sustancialmente las circunstancias que concurrían cuando se adoptaron.

A partir de ahí, la alteración sustancial por disminución de ingresos del alimentante no ha sido acreditada, ya que falta el punto de referencia de cuales eran exactamente los ingresos laborales del recurrente, como transportista, en la fecha de la separación, dato que solamente él estaba obligado a facilitar y cuya ausencia, por tanto, únicamente al Sr. Cosme debe perjudicar (artº 217 LEC).

En cuando a la llegada de un nuevo hijo, producto de una relación posterior, es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para modificar la pensión alimenticia, por cuanto que todos los hijos son beneficiarios de la obligación legal de prestar alimentos que el padre tiene, la cual tiene incluso respaldo constitucional (artº 39 CE), constituyendo la gestación de un nuevo hijo una carga que no pudo considerarse a la fecha del convenio y que es obligado atender contra los mismos ingresos en virtud de los cuales se calcularon en aquél momento las obligaciones del cónyuge, particularmente las alimenticias.

Este Tribunal tiene dictada doctrina en ese sentido; y así, en nuestra sentencia de 11 de Julio de 2002 , decíamos:



"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 EDL 1889/1 q y 92 CC EDL 1889/1), 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 EDL 1978/3879).

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."

En nuestra sentencia de 27 de Junio de 2000 , señalábamos:

"Pero este Tribunal disiente del planteamiento concreto efectuado en la sentencia y en concreto en cuanto a la influencia del nacimiento de un nuevo hijo en las capacidades económicas del recurrente. Es indudable por una parte que la decisión de tener hijos es libre y debe ser responsable, pero ello es aplicable a todos los hijos, y no es posible argumentarlo para perjudicar los derechos de sustento de uno de los descendientes. Por otra parte, el nacimiento de un hijo difícilmente puede considerarse como un gasto circunstancial o transitorio, sino más bien al contrario. Y en cuanto a la obligación de su actual esposa de contribuir a las cargas de la familia, ésta es indiscutible, pero ello no excluye en modo alguno la obligación del propio recurrente de hacer frente igualmente a tales cargas en relación a su hijo recién nacido.

En definitiva, consideramos que el hecho de que el salario de D. José se haya mantenido inalterado en estos años, y el hecho de que hayan surgido para él nuevas obligaciones familiares, sí merece ser tenido en cuenta como alteración a los efectos solicitados."

Y, asimismo, en la dictada con fecha 25 de Abril de 2000, afirmábamos:

"En el supuesto analizado, si bien es cierto que respecto a los ingresos de las partes no parece haber existido modificación sustancial respecto a los obtenidos al tiempo de la suscripción del Convenio Regulador de su divorcio, e igualmente respecto del carácter temporal de los contratos laborales, el dato fundamental del nacimiento del nuevo hijo de D Eusebio hace necesario que, de cara a la necesidad de atender a los derechos de ese nuevo hijo, se justifique la reducción de las previsiones alimenticias para el primero, toda vez que lo contrario supondría un desigual e injusto tratamiento entre ambos. Ello responde a la posibilidad contemplada en los arts. 90 y 91 del C.C . de modificación de las medidas complementarias adoptadas en su día cuando, como en el presente caso, así se justifique por haberse producido una sustancial alteración en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción, por lo que procede, en consecuencia, desestimar íntegramente el recurso interpuesto y confirmar en todos sus extremos la resolución recurrida."

En el mismo sentido, otras sentencias más recientes como las dictadas por este mismo Tribunal con fechas 7-11-01 (RFA 539/01), 26-12-01 (RFA 284/01) y 22-9-04 (AMD 123/04), a cuyo contenido y razonamientos nos remitimos en aras de la brevedad.

Llegado el momento de fijar la cuantía alimenticia, este Tribunal considera adecuada la cifra de 360 Euros mensuales, con las consiguientes actualizaciones según IPC a partir del 1 de Enero de 2008.

TERCERO .- La estimación del recurso obliga a no pronunciarse en cuanto a las costas de esta alzada (artº 398 LEC).

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 en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Eloy contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Baracaldo en el procedimiento de divorcio nº 1.142/04 del que este rollo dimana, revocamos parcialmente dicha resolución en el sentido de establecer la pensión de alimentos con cargo al recurrente y en favor de su hijo Cosme en la cantidad de 360 Euros mensuales, la cual se modificará



anualmente conforme al IPC a partir del mes de Enero de 2008; no se efectúa una singular imposición de las costas habidas en el recurso.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ