



Roj: **SAP C 1807/2005 - ECLI:ES:APC:2005:1807**

Id Cendoj: **15030370042005100443**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **03/11/2005**

Nº de Recurso: **1256/2005**

Nº de Resolución: **437/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00437/2005

FERROL 3

Rollo: RECURSO DE APELACION 0001256 /2005

FECHA DE REPARTO: 13.7.05

SENTENCIA N° 437/05

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ

En A CORUÑA, a tres de Noviembre de dos mil cinco.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al margen se relacionan los presentes autos de Juicio DIVORCIO CONTENCIOSO N° 516/04, sustanciado en el JUZGADO 1ª INSTANCIA N° 3 DE FERROL, y que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTE-APELANTE DON Everardo , representado en 1ª instancia por el Procurador SR. ONTAÑÓN CASTRO y dirigido por el Letrado SR. ANEIROS GARCÍA y de otra como DEMANDADA-APELADA DOÑA Marina , representada en 1ª instancia por el Procurador SR. ARTABE SANTALLA y en esta alzada por el SR. CASTRO BUGALLO y dirigida por el Letrado SR. CASAL FRAGA y siendo parte el MINISTERIO FISCAL; versando los autos sobre DIVORCIO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO 1ª INSTANCIA N° 3 DE FERROL, con fecha 26.4.05 . SU PARTE DISPOSITIVA LITERALMENTE DICE FALLO: Que estimando en parte la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Sr. Ontañón Castro en nombre y representación de Don Everardo contra Doña Marina , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Artabe Santalla, declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por Don Everardo y Doña Marina el día 12 de julio de 1998 e inscrito en el registro civil de Valdoviño obrante al tomo 79, página 535, sección 1ª que se registrarán por lo establecido en el convenio de fecha 23 de abril de 2002 aprobado mediante sentencia de 3 de junio de 2002 dictada por este Juzgado a excepción



de lo dispuesto en la cláusula tercera , letra d) relativa a las vistas entre padre y menor durante la semana que podrán desarrollarse fuera del domicilio materno en la forma y modo expuesto en el fundamento de derecho tercero de esta resolución. Ello sin expresa declaración en orden al pago de las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente sentencia a las partes comunicándoles que contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación en el plazo de cinco días desde su notificación.

Firme que sea comuníquese al Sr. Encargado del Registro Civil donde conste el matrimonio de los litigantes".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por DON Everardo , se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a Ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El objeto del presente litigio sometido a consideración judicial en la alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto, radica en la demanda de divorcio que es promovida por el actor D. Everardo , a los efectos de obtener la disolución del matrimonio que le unía a la demandada D^a Marina , al tiempo que instaba la modificación de los efectos de la sentencia de separación, que aprobaba el convenio regulador por el que se regían las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, concretamente en dos aspectos, en el relativo a los alimentos y régimen de visitas con respecto a Víctor, el hijo de los litigantes, nacido el 28 de septiembre de 1999. Seguido el juicio en todos sus trámites ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, el mismo finalizó estimando parcialmente la demanda, siendo el objeto único de impugnación en la alzada el concerniente a la pensión de alimentos fijada, que se pretende reducir de los 300 euros pactados en convenio regulador judicialmente aprobado a los 200 euros que se postulan en el recurso, y que dicha suma deje de satisfacerse durante el mes de vacaciones que el menor ha de pasar con su progenitor.

SEGUNDO: Como resulta de las sentencias dictadas por esta misma sección 4^a de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 12 y 19 de julio, 5 y 19 de octubre de 2005, 22 de septiembre de 2004, 30 de abril, 19 de febrero de 2003, 9 de marzo, 25 de abril, 30 de mayo, 20 y 26 de junio de 2001, 29 de junio y 2 de diciembre de 1999, 17 de septiembre de 1998, 24 de abril de 1997 entre otras muchas, los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (art^os 92 y ss del CC), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, como no podía ser de otra forma, el legislador previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 del CC , es decir en los casos en los que se produjese "una alteración sustancial de circunstancias", o "sustancial de fortuna" para el caso de la pensión compensatoria (art^o 100 del referido texto legal), so pena de encontrarnos con continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica. Alteración de circunstancias que, por otra parte, para ser tenida en cuenta ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas.

Es, por ello, que una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración, por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar, es decir, que nuevas circunstancias han generado una variación de la precedente situación contemplada en la sentencia de divorcio o separación, y esta doctrina es la seguida, entre otras muchas, por las sentencias de 14 de diciembre de 1998 de la AP de Vizcaya; 9 de marzo de 1998 de la AP de Ciudad Real; 23 de noviembre de 1998 de la AP de Zaragoza; AP Alicante de 17 de septiembre de 1998; AP Madrid 2 de octubre de 1998; AP Albacete de 20 junio 1998; AP Asturias de 14 de octubre de 1998, AP Valencia de 24 de abril de 1998 entre otras muchas, amén de las ya citadas de esta Audiencia Provincial de A Coruña .

En definitiva, en estos supuestos, de alteración sustancial de circunstancias, no existiría violación del efecto negativo de la cosa juzgada material, dado que a tenor del art. 222.2.II de la LEC , no concurre la identidad fáctica exigible, habida cuenta que "se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellos se formularen", por lo que la pretensión de revisión exige que concurren nuevos hechos,



distintos a los contemplados en el momento de dictarse la sentencia, cuyos efectos económicos se pretenden revisar.

TERCERO: Es necesario igualmente destacar, como señalábamos en nuestras sentencias de 17 de diciembre de 2003, 10 de enero y 29 de septiembre de 2004, 5 y 13 de abril, 19 de octubre de 2005 de esta sección 4ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, es indiscutible el deber del padre, tampoco negado por éste, de contribuir económicamente a satisfacer los alimentos de su hijo, por elementales deberes de solidaridad humana derivados de los vínculos de sangre, como recoge artº 39.3 de la Constitución. Alimentos que habrán de ser prestados en la extensión a la que se refiere el artº 142 del referido texto legal, es decir los que sean necesarios para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, comprendiendo, igualmente, su educación e instrucción. Tan indeclinable obligación legal habrá de prestarse en proporcionada cuantía al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, por mor del artº 146 del referido texto legal. Siendo obvio también que la mayor capacidad económica de los progenitores permitirá que sus hijos gocen de un mejor status económico y nivel de vida, de modo tal que no sufran penurias ni limitaciones de carácter económico en su normal desarrollo y existencia; y sin que la separación exima a los padres de sus obligaciones con respecto a sus hijos, como resulta del artº 92 del mentado Código. Por otra parte, cuando tal obligación recaiga en ambos progenitores se repartirá entre ellos el pago en cantidad proporcional a sus respectivos ingresos (art. 145.I del CC). Ahora bien, como señala la STS de 16 de julio de 2002 "dicha obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1º del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad".

CUARTO: Pues bien, con base en la doctrina expuesta, hemos de comprobar si se ha producido la sustancial alteración de circunstancias, que propicia la revisión de las medidas patrimoniales en su día pactadas por las partes y judicialmente aprobadas, pretensión que se construye bajo la alegación de los hechos siguientes: disminución de los ingresos del actor y aumento de los de su esposa; nuevas cargas económicas derivadas de la adquisición de una vivienda, al no convivir el apelante con sus padres, y, por último, nacimiento de un nuevo hijo de su unión con otra mujer, con la que actualmente convive en relación estable de pareja.

Pues bien, en relación con dichos alegatos hemos de realizar las consideraciones siguientes. No apreciamos alteración alguna de los recursos económicos de los litigantes con relación a su situación patrimonial existente al tiempo de la separación matrimonial. A tal efecto, el actor aporta con la su demanda una nómina datada el 31 de mayo de 2002, de la que resultan unos ingresos netos de 1323,50 euros, mas la misma no es significativa, ya que contempla una paga extra de 228,90 euros y un plus de asistencia de 119,90 euros. En cuanto a la demandada cobraba en nómina 790 euros y ahora unos 840 euros, en modo alguno ello implica alteración sustancial de su capacidad económica, sino adecuación de sus ingresos a la subida del coste de la vida.

Se afirma que el actor, al tiempo de la separación, vivía con sus padres, y que ahora, para sufragar sus necesidades de habitación, alquiló un piso con una renta mensual de 210,35 euros, así como que ha adquirido una vivienda por importe de 119.000 euros, para cuya amortización paga sendos préstamos con unas cuotas mensuales de 528,24 euros y 129,71 euros al mes. Mas tal alegato tampoco lo podemos tener en cuenta. En primer lugar, dado que el hijo no tiene porqué sufragar a costa de su bienestar personal los legítimos deseos de adquisición de un inmueble por parte de su progenitor, el cual, antes de abordar dicha compra, ha de ser consciente de su capacidad económica para asumirla. De la misma manera que la demandada igualmente no puede contraer voluntariamente cargas económicas derivadas de la compra de otro inmueble, olvidando su proporcional obligación de satisfacer los alimentos de Víctor, haciendo recaer tan indeclinable obligación exclusivamente en el demandante. Por otro lado, el hecho de que debe atender a sus necesidades de habitación, inherentes a su deseo de vida independiente, no constituye una situación imprevisible, de modo tal que no tuviera la posibilidad de contemplarla al asumir sus obligaciones en el convenio regulador suscrito. Y, por último, su nueva pareja igualmente trabaja, como reconoció el demandante en el acto del juicio, y sobre dicha persona también pesa la obligación de sufragar gastos comunes de su convivencia more uxorio.

No obstante lo cual, sí se ha producido una alteración de circunstancias que legitima la revisión de la pensión de alimentos fijada, cual es el nacimiento de un nuevo hijo Héctor, que nació el 16 de abril de 2005, es decir que actualmente cuenta con 7 meses de edad. No podemos compartir el argumento de que el nacimiento de un nuevo hijo no constituya motivo legítimo de modificación de los efectos económicos de un proceso



matrimonial, de admitirse tal argumento significaría quebrar los principios constitucionales de igualdad de los hijos con respecto a sus progenitores, discriminando a unos frente a otros. El nacimiento de un hijo determina igualmente el nacimiento de una nueva carga, que grava el patrimonio del progenitor deudor de la prestación de alimentos para sufragar las más elementales necesidades de su prole. Ahora bien, también hemos de concluir que dichos gastos no han de ser asumidos exclusivamente por el actor, sino también por la madre de Héctor, que cuenta con propios recursos derivados de su actividad laboral, es por ello que, en atención a tal circunstancia, rebajamos la pensión de alimentos a la suma de 240 euros.

Por último, en relación a que se le exima al actor a satisfacer alimentos durante el mes de vacaciones en que convive con el menor, tal situación no fue contemplada en el convenio regulador y no se ha producido alteración de circunstancias que motiven su revisión. La prestación de alimentos no se agota mensualmente, sino es un conjunto de gastos variables que se devengan al cabo del año. Es más, en las fechas de vacaciones, igualmente se produce un incremento de los ingresos del progenitor demandante derivados de la percepción de las pagas extras.

QUINTO: La especial naturaleza de estos procedimientos propios del derecho de familia en el que están en juego los intereses de los menores conlleva no se haga especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales.

FALLAMOS

Con la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Ferrol, con la única particularidad de rebajar la pensión de alimentos a la suma de 240 euros, que será revisada cada doce meses conforme al I.P.C., todo ello sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las costas procesales de ambas instancias.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación civil, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En A Coruña, a 3 de noviembre de 2005.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.