



Roj: **SAP M 10357/2008 - ECLI:ES:APM:2008:10357**

Id Cendoj: **28079370242008100475**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **24**

Fecha: **26/06/2008**

Nº de Recurso: **441/2008**

Nº de Resolución: **742/2008**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00742/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 441/08

Autos nº: 313/06

Procedencia: Juzgado 1ª Instancia nº 5 de Getafe

Apelante: D. Juan

Procurador: D. CARLOS DELABAT FERNANDEZ

Apelado: Dª Valentina

Procurador: D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

**SENTENCIA Nº 742**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A VEINTISEIS DE JUNIO DE DOS MIL OCHO.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de modificación

de medidas número 313/06 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 5 de Getafe.

De una, como apelante, D. Juan representado por el Procurador D. CARLOS DELABAT FERNANDEZ.

Y de otra, como parte apelada Dª Valentina representada por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ.

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 treinta de cuatro de dos mil siete, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Getafe, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda formulada por la Procurador Dª María del Carmen Aguado Ortega, en nombre y representación procesal de D. Juan , contra Dª Valentina , representada por la Procuradora Dª Inés María Álvarez Godoy, y, en consecuencia, no procede la modificación de las medidas acordadas en la sentencia dictada en 15 de Abril del 2.000 , en los autos 150/99 de este mismo Juzgado, y con la imposición de las costas al actor".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Juan mediante escrito de fecha dieciséis de octubre de dos mil siete, 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 Dª Valentina mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha diecinueve de noviembre de dos mil siete, al que en aras de 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.- En proceso de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio de los litigantes, de 15 de abril de 2.000 , ha recaído a 30 de abril de 2.007 , sentencia desestimatoria de las pretensiones del progenitor masculino, quien interpone recurso de apelación, insistiendo ante la Sala en las solicitudes de suspensión de las pensiones alimenticias en favor de los hijos comunes de los litigantes en tanto permanezca en prisión, abonando, una vez tenga lugar su excarcelación, un 20 % de sus ingresos hasta obtener un trabajo remunerado, así como permitirle visitas y contactos durante los permisos carcelarios, y, finalmente, le sea atribuido el uso de la parte baja del chalet que constituye la vivienda familiar ocupada por los menores al amparo del artículo 96 del Código Civil .

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.- De conformidad con lo expuesto, el primer motivo de recurso ha de obtener favorable acogida, toda vez que en efecto se constata una variación sustancial de circunstancias que se consideraron a la hora de establecer las medidas reguladoras de los efectos de la crisis del matrimonio, que deriva de la situación de prisión que afecta al recurrente, que le impide hacer frente a las pensiones alimenticias en beneficio de los hijos comunes de los litigantes, de manera que concurre alteración en los términos previstos por el legislador y arriba expuestos para acceder a la pretensión modificatoria.

Esta situación justifica la suspensión de la obligación de contribuir a repetidos alimentos, más solo hasta el momento en que se produzca la excarcelación, toda vez que el recurrente se encuentra en edad laboral y no presenta discapacidad ni minusvalía que obste el acceso a un empleo en tal momento, en el que surgirá nuevamente su obligación de abonar las pensiones alimenticias con las correspondientes actualizaciones, dando cumplimiento al derecho deber que a todo español impone el artículo 35 de la Constitución Española .

No resulta de recibo mantener a ultranza la obligación que nos ocupa, cuando no se percibe salario, por el simple hecho de que no se haya producido la liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, toda vez que los bienes pertenecientes a esta no generan al apelante ingreso alguno en el momento actual que le permitan verificar los pagos, máxime si tenemos en cuenta que el incumplimiento de dichas obligaciones familiares constituye ilícito penal, en un marco en el que rige el principio de intervención mínima.

Procede en consecuencia estimar parcialmente este motivo de recurso, con suspensión de la obligación de Dº Juan , de prestar alimentos a sus hijos conforme se estableció en sentencia de divorcio de 15 de abril de 2.000 , en tanto se encuentre en prisión, y con efectos desde la fecha de la sentencia de instancia, restableciéndose automáticamente y sin necesidad de nueva declaración, una vez cumpla la condena.

CUARTO.- En orden al régimen de visitas y comunicaciones entre el recurrente y sus dos hijos menores de edad, se ha de reseñar que en esta materia el interés del menor es el principio esencial que debe atenderse, básicamente en aplicación de los artículos 39.3 de la Constitución Española . Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

Es esta una cuestión de orden público, ius cogens o derecho necesario, en el que pueden ser adoptadas las medidas que se consideren convenientes a los hijos por el tribunal, sin venir vinculados por las peticiones de las partes, en consecuencia, en aras al bonum filii, en atención al interés prioritario de Lucía y Alberto, es lo más adecuado a ellos sustituir el sistema de contactos que viene establecido, instaurando uno libre, de manera que sean los menores, en régimen de igualdad con su progenitor masculino, quienes decidan el tiempo, modo y lugar del desarrollo de las comunicaciones, evitando las prefijaciones judiciales que se puedan vivir por ellos como imposiciones, siempre contraproducentes, de no ser deseadas, como es el caso, respetando su voluntad, y habida cuenta la edad alcanzada, 16 y 12 años, que nos permite presumir gozan de la madurez y juicio suficiente para ello, una vez examinado el contenido de las actas de exploración de 16 de abril de 2.007 (folios 113 y 114 de las actuaciones, a los que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducidos).

Reiteramos, es esta una cuestión de orden público, de donde, con tal medida, ni se infringen los principios de rogación y petición de parte, de igualdad de armas en el proceso, ni de la reformatio in peius, todos ellos subordinados al favor filii.

QUINTO.- La pretensión de que se atribuya al recurrente el uso de parte de la vivienda familiar no puede correr igual suerte estimatoria, al ser ello incompatible con la situación de patología matrimonial en la que nos encontramos, cuando ha sido decretado el divorcio, y no constando la posibilidad arquitectónica a que alude el Juez de instancia, de manera que en este punto ha de ser desestimado el recurso, con confirmación de la sentencia apelada.

SEXTO.- Como quiera que en la instancia debió estimarse parcialmente la solicitud deducida en la demanda de suspender la obligación de prestar alimentos, y no se ha razonado en la disentida ni se advierte por la Sala mérito alguno para imponer las costas del proceso al demandante, por haber litigado con temeridad, en



aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.2 de la L.E.Civil , ha de ser revocada la condena al apelante al pago de las costas de la primera instancia.

SÉPTIMO.- Al estimarse parcialmente el recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada, de conformidad con el artículo 398.2 de la L.E.Civil , máxime en atención a la naturaleza de la materia que nos ocupa, las concretas circunstancias concurrentes, la jurisprudencia recaída en casos análogos y la posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos 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 PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Juan , representado por el Procurador D. CARLOS DELABAT FERNANDEZ, contra la sentencia de fecha treinta de abril de dos mil siete, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Getafe , en autos de Modificación de Medidas número 313/06; seguidos con D<sup>a</sup> Valentina , representada por el Procurador D. MARIANO DE LA CUESTA HERNANDEZ, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la expresada resolución; ACORDANDO:

Se suspende la obligación de D<sup>o</sup> Juan , de prestar alimentos a sus hijos conforme se estableció en sentencia de divorcio de 15 de abril de 2.000 , en tanto se encuentre en prisión, y con efectos desde la fecha de la sentencia de instancia, restableciéndose automáticamente y sin necesidad de nueva declaración, una vez cumpla la condena, debiendo en tal momento abonar las prestaciones con las debidas actualizaciones.

Se establece un sistema de contactos libre entre D<sup>o</sup> Javier y los hijos comunes menores de edad.

Se deja sin efecto la condena impuesta al actor de pago de las costas de la primera instancia

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar 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