

Roj: SAP M 4823/2012
Id Cendoj: 28079370242012100122
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 24
Nº de Recurso: 1220/2011
Nº de Resolución: 309/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00309/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 1220/11

Autos nº: 472/00

Procedencia : Juzgado de Primera Instancia nº 76 de Madrid

Apelante: D. Benigno

Procurador: D. JACOBO DE GANDARILLAS MARTOS

Apelado: Dª. Rosario

Procurador: Dª. MARTA LOPEZ BARREDA

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

S E N T E N C I A Nº 309

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A VEINTIUNO DE MARZO DE DOS MIL DOCE.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas número 472/00, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 76 de Madrid.

De una, como apelante D. Benigno , representado por el Procurador D. JACOBO GANDARILLAS MARTOS.

Y de otra, como apelada Dª. Rosario , representada por la Procuradora Dª. MARTA LOPEZ BARREDA.

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 3 de mayo de 2011, por el Juzgado de Primera Instancia nº 76 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimando íntegramente la demanda formulada por el Procurador DON JACOBO DE GARANDILLAS MARTOS en nombre y representación de DON Benigno , debo MANTENER LAS MEDIDAS acordadas en sentencia de medidas de guarda y custodia y alimentos de fecha 10 de abril de 2.007, que ratificaba las medidas contenidas en el convenio regulador pactado de mutuo acuerdo.

Se imponen a la parte demandante las costas causadas en este procedimiento."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D. Benigno , mediante escrito de fecha 17 de junio de 2011, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

CUARTO.- Frente a estas pretensiones, la parte apelada D^a. Rosario , mostró su oposición por las razones expresadas en su escrito de fecha 9 de septiembre de 2011 al que nos remitimos.

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

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de D^o Benigno , actor en proceso seguido para la modificación de las medidas adoptadas en previo consensuado sobre determinación de relaciones paternofiliales que concluyo por sentencia de 10 de abril de 2.007 , en cuya virtud se sancionó el convenio regulador suscrito el anterior 10 de diciembre de 2.006, así como su ampliación, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 3 de mayo de 2.011 , e insiste en la alzada en la reducción de las pensiones de alimentos pactadas, desde 1.000 € al mes en total, a razón de 500 € mensuales por hijo, a 150 € para cada uno de ellos, que totalizarían 300 € mensuales a su cargo. Postula al tiempo se deje sin efecto la condena que le viene impuesta al abono de las costas de la instancia, todo ello con imposición a la adversa de las de la alzada caso de oponerse a sus pretensiones.

Al recurso se opone el Ministerio Fiscal interesando su desestimación e íntegra confirmación de la disentida, en iguales términos que la contraparte, si bien esta postula además la imposición de las costas de la alzada al apelante.

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 luz de la prueba practicada, examinadas detenidamente las actuaciones, considera esta Sala parcialmente atendible la pretensión del recurrente, para cuantificar la contribución paterna en 800  al mes para ambos hijos, que se estima más modulada a las circunstancias en concreto concurrentes que la inicialmente establecida con las consiguientes revalorizaciones, y que la ofrecida por el progenitor masculino no custodio recurrente, como más proporcionada a la capacidad económica actual del obligado y necesidades de los alimentistas, ello de conformidad con consolidada doctrina legal y jurisprudencial reiterada en señalar:

"Que para la fijación de la pensión de alimentos a favor de los hijos en supuestos de crisis matrimoniales deben tenerse en cuenta los ingresos de cada uno de los litigantes, los cuales permitirán fijar la proporcionalidad"; y en atención a lo dispuesto en los artículos 142 , 144 , 146 y 147 del Código Civil , la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe"; normativa que no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, sino que implica solamente una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades del otro (vid: S.S.T.S. de 14 de Febrero de 1976 y 5 de Noviembre de 1983); cuantía de la deuda alimenticia que será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia y cuyo criterio solo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas.

En efecto, por lo que a las necesidades de Alejandro y Lucas respecta, de 12 y 8 años de edad a esta fecha como nacidos respectivamente a 17 de diciembre de 1.999 y 10 de marzo de 2.004, hemos de entender estas en los términos del artículo 142 del Código Civil , a cuyo tenor :

"Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."

Conforme a este precepto, las necesidades que nos ocupan, no resultan por ningún motivo diferentes a las de cualquier persona de las mismas edades que estos hijos, en función del concreto estatus de esta familia, que hemos de tender a perpetuar, procurando que no descienda notoriamente para ellos. Adviértase que en este aspecto el padre recurrente no alega disminución sustancial de los gastos precisos para el digno sustento de Alejandro y Lucas.

Examinado el soporte audiovisual en el que se documenta la vista practicada en las actuaciones a 27 de abril de 2.011, el propio apelante indicaba en su interrogatorio que en conversaciones preliminares mantenidas con la contraparte, **en previo intento frustrado de mediación familiar, de consuno consideraban que las repetidas necesidades venían a ascender a unos 975  al mes.**

Más concretamente en este caso, por instrucción y formación, ya resultan mensualmente por cuota de cooperativa a cada uno de los niños, 108,77 , a los que se añaden otros 89,70 por comedor escolar, a salvo septiembre en el que asciende el gasto a 50,83  (documentos obrantes a los folios 82, 83 y 175 a 180 de autos, a los que nos remitimos y damos por reproducidos en aras a la brevedad), estos además de los costes por matrícula, libros, material escolar, transporte, uniformes, o excursiones, o visitas a museos u otros centros de interés que se programen por el colegio, debiendo igualmente contarse con las actividades extraescolares que realizan estos niños sin oposición del padre, como natación y música.

Las necesidades no quedan tan solo circunscritas al concepto educativo, puesto que es mucho más amplio, debiendo contarse también con otra serie de desembolsos por las restantes básicas, ordinarias o corrientes, comprendiendo las referidas a aspectos meramente nutricionales, las de calzado, vestido, ocio, medico y medicinas, en lo no cubierto por el sistema sanitario público de la Seguridad Social, que no constituya

un extraordinario, así como desembolsos por alojamiento y mantenimiento del hogar en su promedio y a prorrata, en función del número de moradores de la vivienda.

Llegado este punto ha de valorarse que en este caso la vivienda **familiar**, al parecer cosa común al 50 % de los litigantes, no quedó en su uso atribuida a los menores, sino al progenitor masculino, de manera que la económica es la única contribución de este padre a los alimentos de sus hijos, aún cuando consideremos que asume el en exclusiva las cuotas mensuales de amortización de la hipoteca concertada para su adquisición, así como las derivadas de otra más, o ampliación de la primera, con destino a segunda vivienda en régimen de opción de compra en la que se da cobertura a esta básica que presentan los hijos. No obstante es cierto también que tal coste no le supone mayor quebranto que el que derivaría de dar cobertura a la propia de vivienda que el mismo presente en una de alquiler.

A todos estos gastos responde un aporte paterno de 800 ₺ mensuales que fijamos, y así viene a reconocerlo expresamente el propio progenitor masculino, en cuyo escrito generador del proceso, ofrecía en su global cantidad no tan distante, puesto que además de los 300 ₺ al mes por los dos hijos, se comprometía al abono del 50 % de los gastos escolares, tanto en computo anual como mensual, ya libros, ya matrícula, comedor, APA, seguro escolar y similares (excursiones, material para actividades extraescolares..etc.).

La madre por su parte, en el escrito de contestación a la demanda dedujo acertadísima propuesta, considerada por esta Sala solución no solo sensata, modulada, prudente y coherente de todos los intereses en juego, sino idónea al supuesto de autos, consistente en que el padre, permaneciera en dos días intersemanales más con los hijos tras la jornada escolar, con el consiguiente ahorro del coste por cuidadora, imprescindible tras la crisis de la pareja en atención a las necesidades laborales de la custodia, y que mensualmente asciende a 300 ₺, aviniéndose, supuesto de nuevo condicionado, a la reducción de la aportación alimenticia a 750 ₺ al mes, cantidad muy próxima a la que aquí fijamos, en tan solo 50 ₺ difiere, si bien incondicionalmente; no alcanzándose el acuerdo por la nula disposición del padre, quien, si bien en su escrito de recurso aparenta conformidad con esta propuesta de ampliación de visitas propiciadora de reducción de gastos, la limita de tal forma que llega a quedar a su libre arbitrio, en cuanto pretende se haga depender de los tiempos que le queden disponibles, que no destine al voluntariado que ejerce, o a la preparación de una oposición, opciones desde luego libres, legítimas, irreprochables si se quiere, pero no impuestas por precepto legal alguno, a diferencia de lo que acontece con la adecuada atención de los propios hijos y aportación proporcional a sus alimentos, esto si para el obligatorio.

Hechas estas consideraciones, en lo que afecta a la capacidad económica del padre, se advierte una cierta sustancial objetiva alteración de circunstancias actuales, en términos comparativos con las existentes al tiempo de la crisis de la pareja, ajena a la voluntad del obligado, de suficiente entidad, estructural, pues afecta a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios, con vocación de perpetuación en el tiempo, e imprevisto, o imprevisible, que nos faculta a operar la modificación pretendida a la luz de las previsiones del legislador antes expuestas.

Al tiempo de concretarse la medida económica que nos ocupa, D^o Benigno disponía de puesto de trabajo estable, indefinido y fijo, en el que contaba con una antigüedad en la empresa de prácticamente 10 años, y que le reportaba elevados ingresos de 40.980,60 ₺ anuales netos en el último año de empleo (documento obrante a los folios 124 de autos, por fotocopia, y original al 169, a los que nos remitimos en aras a la brevedad, dándolos por reproducidos).

En el momento actual ha resultado rescindida su relación laboral al haberse aprobado por la autoridad laboral, en Expediente de Regulación de Empleo, la extinción de su contrato de trabajo, en virtud de resolución de 26 de febrero de 2.010 (documento obrante a los folios 13 y siguientes de autos), con una indemnización percibida de unos 28.000 ₺.

Ciertamente, la situación de paro laboral, no es sino mera incidencia en la vida profesional de cualquier trabajador, esporádica y no definitiva ni permanente.

No obstante, y si bien al tiempo de la interposición de la demanda el actor disponía de la correspondiente indemnización, la misma no alcanza sino al pago de 2 años y 4 meses de contribución alimenticia, y aún cuando contemos con la prestación de desempleo, ascendente a 1.289,21 ₺ netos al mes (documentos obrantes a los folios 19 y 166 de autos), a expirar a 26 de marzo de 2.012, es incierto el acceso a corto-medio plazo a puesto de trabajo que reporte semejantes o superiores ingresos, por más que se encuentre en plena edad laboral, goce de perfecto estado de salud, y disponga de experiencia, titulación y cualificación, habida cuenta la actual situación de crisis que atravesamos en el país y elevada tasa de desempleo que se registra, estructural y no coyuntural.

A pesar de ello, no podemos mostrar mayor sensibilidad para con la situación del padre, pues no es menos cierto que en efecto el desempleo, es una mera incidencia en la vida laboral de cualquier trabajador, no definitiva ni permanente, y desde luego en las condiciones vistas en este, en breve, si es que no lo estuviere haciendo ya, accederá a nueva relación laboral, de mostrar al respecto la adecuada actitud y esfuerzo, sin desdeñar ninguna posibilidad profesional, ni exigir se ajuste a determinado perfil, incluso, llegado el caso, recurriendo al autoempleo, para así obtener ingresos con los que sufragar las pensiones de alimentos sin grandes sacrificios y sin entrar en colisión con el propio sustento.

No es de recibo pretender la fijación de pensiones de 150 € al mes, cuando a los hijos no ha sido atribuido el uso del domicilio **familiar**, por más que en un mínimo, haya contribuido el padre económicamente en el pasado a que cubran tal necesidad adecuadamente; 150 € por niño, no amparan los intereses de estos hijos, y es cantidad inadecuada a todas luces por defecto, en las economías en las que nos estamos moviendo.

En las circunstancias concurrentes, nos parece modulado reducir a 800 € al mes la contribución total paterna, de modo que pueda sufragarla el obligado, sin por ello gravar en exceso a la progenitora femenina, cuyos ingresos regulares, estables y periódicos, son inferiores a los que es capaz de generar el padre, y sin que descienda el nivel de vida de los menores, ni quede desatendida ninguna de sus necesidades, pues repetida cantidad, a destinar a tan solo dos menores, excede de un salario mínimo interprofesional vigente para este año.

Viene sosteniendo esta Sala que la fijación, o el mantenimiento, de contribuciones excesivas, de imposible o difícil pago, pueden abocar a incumplimientos en una materia en la que estos rozan la esfera del derecho penal, al que en todo ámbito ha de darse intervención mínima, por lo que nos parece más prudente y acorde al bonum filii establecer prestaciones susceptibles de ser sufragadas con seguridad por el obligado, que no otras irreales, pues no se da lugar a otro efecto que no sea generar una deuda por alimentos o engrosar la ya existente, máxime cuando no lo justifican las necesidades, que quedan en este caso perfectamente cubiertas con 800 € al mes.

Alejandro y Lucas no quedan en absoluto desamparados con esta nueva aportación paterna, pues su progenitora femenina también percibe salario, si bien inferior al del padre, ya se ha dicho, si digno y suficiente a colmar carencias que dejare aquel al descubierto, pues dispone en nómina de 1.554 € mensuales netos, sin incluir la prorrata de pagas extraordinarias, pudiendo por ende dar perfecto cumplimiento a la obligación proporcional que a ella misma incumbe de contribuir, a la luz de lo dispuesto en los artículos 110 , 143 y siguientes, así como 154, entre otros, del Código Civil , de aplicación al supuesto de autos.

Por todo lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de D^o Benigno , revocando también en parte en este punto la sentencia de instancia, para concretar las pensiones de alimentos a su cargo y a favor de Alejandro y Lucas, en 800 € al mes para ambos, abonables y a actualizar en la forma que viene establecida, y con efectos desde la fecha de la disidencia, lo que se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de que si en un momento posterior D^o Benigno viniere a mejor fortuna, y se alteraren sustancialmente las circunstancias, se inste nuevo proceso de modificación de medidas, cauces del artículo 775 de la L.E.Civil , para el reajuste de las pensiones.

TERCERO.- En lo que respecta a las costas de la primera instancia, resulta de aplicación el artículo 394 de la L.E.Civil , que determina su imposición a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que se aprecie por el tribunal, y así se razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, para ello, teniéndose en cuenta la jurisprudencia recaída en casos análogos.

Se añade, para el supuesto de parcial estimación, que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Como quiera que en la instancia debió acogerse parcialmente la pretensión del actor, no advirtiéndose méritos para condenar al pago de las costas que nos ocupan a ninguno de los litigantes, ha de ser igualmente revocado el pronunciamiento combatido, con estimación del segundo motivo de recurso, debiendo cada parte sufragar las causadas en el proceso a su instancia y las comunes por mitad.

CUARTO.- Al ser estimado parcialmente el recurso de apelación, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en esta 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. Benigno , representado por el Procurador D. JACOBO DE GANDARILLAS MARTOS, contra la sentencia de fecha 3 de mayo de 2011, del Juzgado de Primera Instancia número 76 de Madrid , en autos de Modificación de Medidas número 472/10; seguidos con D^a. Rosario , representada por la Procuradora D^a. MARTA LOPEZ BARREDA, debemos REVOCAR y REVOCAMOS en parte la expresada resolución ACORDANDO:

1º.- Se cuantifican las pensiones de alimentos a favor de los hijos comunes Alejandro y Lucas, y a cargo de D^o Benigno , en 800 € mensuales para ambos, abonables y a actualizar como viene establecido, y con eficacia desde la fecha de la sentencia apelada.

2º.- Se deja sin efecto la condena impuesta al demandante al pago de las costas de la primera instancia.

No ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Hágase devolución al apelante del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber a las partes que contra la misma puede interponerse recurso de casación o extraordinario por infracción procesal de concurrir los presupuestos establecidos en el artº. 466 y siguientes de la L.E.Civil , para ante el Tribunal Supremo en el plazo de veinte días siguientes al de la notificación.

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