

En Santander a 24 de febrero de 2014.

Vistos por la Ilma. Sra. DÑA. MARTA SOLANA COBO, MAGISTRADA-JUEZ de Primera Instancia nº 11 de SANTANDER y su Partido, los presentes autos de JUICIO VERBAL 11120/13, seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante: **D.** , representado por la Procuradora Dña. Ana Mendiguren Luquero y asistida del Letrado D. Javier Trugeda Revuelta; y de otra como demandada: **DÑA.** , representada por el Procurador D. Miguel Angel Bolado Garmilla y asistida de la Letrada Dña. Mª Francisca Terán Girón, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**, sobre MODIFICACION DE MEDIDAS DEFINITIVAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre fue turnada a este Juzgado demanda interpuesta por la representación procesal citada, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente concluía suplicando del Juzgado, dicte sentencia por la que modifique las medidas acordadas, y acuerde reducir la pensión alimenticia fijada en su día para el hijo del matrimonio hasta la suma de 150 euros mensuales, o en aquélla otra cantidad proporcional a la pérdida de sus ingresos, cantidad revalorizable anualmente conforme a las variaciones de los ingresos del progenitor.

.- Suprimir la obligación del actor de sufragar la mitad de los gastos de comedor escolar.

.- Extinguir la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa, con imposición de costas a la contraparte si se opusiere a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Por Decreto de 22 de noviembre fue admitida a trámite la demanda, a sustanciar por los cauces del juicio verbal, con las especialidades previstas en el artículo 753 de la LEC y consiguiente traslado de la demanda a la parte demandada, con emplazamiento para su contestación por legal término de 20 días hábiles.

TERCERO.- Contestada que fue la demanda por el Ministerio Fiscal con fecha de 30 de diciembre, la demandada se personó en el procedimiento y formuló escrito de contestación a la demanda, interesando el dictado de sentencia por la que, desestime la demanda, manteniendo íntegramente los pronunciamientos acordados en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada por este Juzgado el 18 de abril de 2011, con expresa imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Diligencia de ordenación de 13 de enero se tuvo por personada a la demandada y por contestada la demanda, con citación de las partes a la celebración de vista el 19 de febrero.

A citado acto comparecieron ambas partes. Abierto el mismo, la parte actora se afirmó y ratificó en su escrito de demanda y la demandada en su escrito de contestación. Dada la ausencia de conformidad entre las partes sobre los hechos, se recepcionó el

pleito a prueba, proponiendo: el interrogatorio de las partes, de testigos y documental. Practicadas que fueron las pruebas propuestas, y admitidas a trámite, se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para conclusiones, declarándose seguidamente terminada la vista y pendiente del dictado de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 775 de la L.E.C. faculta a los cónyuges, a interesar del Juzgado la modificación de las medidas convenidas o adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hubieren variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de aprobarlas o acordarlas.

Citado precepto no es sino la transposición al ámbito procesal de lo dispuesto por nuestro derecho sustantivo en los artículos 90 y 91 del C.C., que permiten la modificación de las medidas adoptadas en proceso matrimonial anterior, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. En su aplicación, deviene reiterada la doctrina jurisprudencial que sienta como premisas necesarias para que puedan variarse las medidas precedentes, las siguientes:

A) Que se trate de hechos de nueva consideración surgidos con posterioridad al dictado que acordó la medida complementaria a los procesos matrimoniales.

B) Que supongan una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar los efectos complementarios.

C) Que la alteración de citadas circunstancias revistan cierto grado de permanencia en el tiempo, es decir, que no obedezcan a situaciones de carácter coyuntural o transitorio.

D) Que se trate de acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación y no buscados en consecuencia por el mismo, con el ánimo de que obtenga amparo la pretensión de la alteración de efectos solicitados. Presupuestos cuyo onus probandi recaerá sobre la parte que peticona la modificación de efectos, en atención a las reglas que sobre la carga de la prueba proclama el artículo 217 de la LEC.

SEGUNDO.- Sentada referida doctrina y por la que respecta al supuesto enjuiciado, resulta acreditado en autos, que por sentencia dictada el 18 de abril de 2011 en los autos de divorcio de mutuo acuerdo nº 238/2011 seguidos inter partes ante este Juzgado, se decretó el divorcio de los cónyuges con aprobación del convenio regulador, en el que las partes convinieron la atribución de la guarda y custodia del hijo del matrimonio, , nacido enero de 2008, a su madre, y el establecimiento de una pensión de alimentos de 375 euros a cargo del progenitor, actualizable conforme al IPC, con obligación de ambos padres de contribuir por mitad a los gastos extraordinarios del menor, incluido el servicio de guardería y comedor, quedando la esposa por su condición de progenitora custodia en el uso de la vivienda familiar.

Con posterioridad a la suscripción del convenio regulador, el 1 de marzo de 2011, los ingresos del progenitor, en su condición de empleado público adscrito a la Dirección de la Guardia Civil de Tráfico se han reducido, al tiempo que han acrecido sus gastos tras el nacimiento de su hijo, septiembre de 2013, fruto de su relación sentimental con su segunda esposa, , y la adopción de la hija de su consorte, , nacida octubre de 2009, por lo que se interesa en autos la minoración de la pensión alimenticia pactada y supresión de la obligación de abonar los gastos de comedor del menor.

TERCERO.- La cuestión relativa al nacimiento de un nuevo hijo o aumento del número de descendientes a cargo del alimentante, por el hecho de la filiación, ya por naturaleza ya por adopción, dada la identidad de efectos en los términos del artículo 108 del C.C., ha sido desarrollada por esta Audiencia Provincial, entre otras en su sentencia de 16 de enero de 2012, Rollo 618/11, a cuyo tenor. "la cuestión del nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago de la pensión de alimentos debe ser analizada en toda su extensión, en consideración con el conjunto de circunstancias concurrentes. No cabe duda de que tal hecho supone un incremento del nivel de gastos, que no puede soslayarse con la sola respuesta de que se trata de una situación voluntariamente querida. No se puede hacer de peor condición a los nuevo hijos, prescindiendo del hecho evidente de que deben atenderse sus necesidades sin discriminación alguna (artículo 108 CC) con respecto al resto de la descendencia de los litigantes. Este criterio es seguido por numerosas resoluciones de órganos provinciales señalando que "...el nacimiento de nuevos hijos después de la separación o divorcio, como consecuencia de la unión con otra persona no es en modo alguno acontecimiento irrelevante que pueda quedar minimizado o anulado por la mera excusa de la voluntariedad en el hecho sobrevenido. El hecho sí es relevante y merece ser examinado para decidir, en atención a las circunstancias de cada caso particular, si debe o no repercutir en forma de reducción de pensiones correspondientes a los hijos de una unión anterior. No se olvide que estamos ante una obligación, como la de alimentos, que es un deber primerísimo de los padres de formal reconocimiento en el artículo 39.3 de la CE y cuya definición y extensión establecen los artículos 142 y siguientes del CC. La naturaleza de este deber - es evidente- se proclama respecto de todos los hijos, no solo los de una anterior unión matrimonial, sino también de los que sean fruto de nuevo vínculo, pues todos ellos son iguales ante la ley, sin que sea admisible reconocer a los primeros una suerte de crédito preferente". En semejante línea de razonamiento, se afirma que"...este Tribunal ha rechazado reiteradamente el criterio de ciertas resoluciones judiciales que consideran irrelevante la venida al mundo de un nuevo hijo para alterar una obligación alimenticia preexistente a favor de otros hijos, impuesta al padre o madre en una anterior sentencia. Nada más lejos de la realidad, teniendo en cuenta (...) la obligación de los padres y madres para con todos los hijos por igual, en atención a sus circunstancias o necesidades y a las posibilidades del obligado. Ni legal ni moralmente puede penalizarse el hecho de tener más hijos ni cabe atender solo a los primeramente nacidos en detrimento de los segundos o posteriores". Todo ello no siempre significa suprimir o reducir la cuantía a los primeros, pues dependerá de las circunstancias de cada caso y de las posibilidades de asumir un conjunto de obligaciones y cargas. Por ello esta Sala en su Sentencia de 17 de febrero de 2010 señala que el nacimiento de nuevos hijos debe valorarse a la luz del principio constitucional de igualdad de estos (artículo 39.2 CE), que obliga a reconocerles iguales derechos de alimentos respecto de sus padres, por más que de ello no se siga siempre y necesariamente una reducción de las pensiones alimenticias establecidas a favor de hijos anteriores; el hecho de tener ya reconocido un derecho a alimentos cuando nace otro hijo no permite considerar aquel

derecho como inmutable, pues antes al contrario, los derechos del nuevo hijo deben ser también atendidos en igual medida y ello exigirá siempre una valoración de las circunstancias del caso concreto en orden a determinar si la atención de las necesidades del nuevo hijo permiten o no mantener la contribución que venía fijada para los anteriores; cuando no sea así -lo que no tiene por qué ocurrir siempre-, es claro que habrá de reducirse la pensión alimenticia de los primeros en lo necesario para asegurar los alimentos del nuevo hijo, que en modo alguno puede verse privado de ellos por el hecho de tener hermanos mayores”.

En su aplicación y por lo que respecta al supuesto enjuiciado, deviene indubitado por ser un hecho notorio que los empleados públicos hemos sufrido un recorte salarial desde el año 2011, cifrado entre 5 a un 10 % de la masa salarial, acrecido en el año 2012 con la pérdida de la paga extraordinaria de Diciembre. En el caso del demandante, el certificado de haberes correspondiente al ejercicio 2011 (Documento nº 3), advierte unos ingresos netos de 25.103,71 euros, que prorrateados en doce meses arrojan un salario mensual de 2.091,97 euros, reducidos en el 2012 a 23.074,63 euros, esto es 1.922,88 euros, si bien la especialidad referida a citado ejercicio en cuanto a la pérdida de la paga extraordinaria, impide atribuir a citada variación la consideración de permanente, y en cualquier caso la reducción salarial referida no puede calificarse de sustancial al objeto de procurar la modificación pretendida.

Por el contrario, ninguna duda ofrece que debe atribuirse citada condición al incremento sustancial de las cargas familiares asumidas por el actor, obligado por el hecho de la filiación, (sin que a tal efecto proceda establecer ninguna distinción entre la adoptiva o por naturaleza), a satisfacer alimentos de dos nuevos hijos sobrevenidos, por reconocimiento en el Registro Civil marzo de 2013, ya por nacimiento septiembre de 2013. Obligación, que en la actualidad asume de forma exclusiva, al carecer su actual consorte y madre biológica de los menores, de empleo, hallándose en situación de demandante del mismo, documento nº 7.

Los gastos inherentes al primero de sus hijos, fruto de su actual matrimonio ascienden en la actualidad a la suma de 448 euros, comprensivos de la pensión alimenticia actualizada, 395 euros, más los gastos de comedor escolar del menor, necesarios sin duda por el horario laboral materno, más inasumibles atendidos los ingresos netos del progenitor, cifrados con arreglo a la última certificación anual de haberes en la suma de 1.922,88 euros mensuales, que evidencian la imposibilidad de destinar cantidad idéntica al resto de sus hijos, so riesgo de desatender sus necesidades y las de su actual familia, que obvio resulta no goza de preferencia respecto del primero de los hijos del demandado más tampoco sus miembros pueden ser merecedores de peor condición, por lo que atendidas las necesidades del menor, propias de un niño de 5 años, y los medios del alimentante y obligaciones a su cargo (incluida la renta del piso que ocupa con su actual familia y el pago de la hipoteca y demás gastos que gravan la propiedad de la vivienda familiar), se estima ponderado a las circunstancias sobrevenidas de referencia, fijar su importe en la suma de 250 euros mensuales, con supresión del deber de contribución al servicio de comedor, por estimarse satisfechas las necesidades integrales del menor en la cantidad referida.

Por último procede significar, que cierto es que el artículo 752 de la LEC permite en este tipo de procesos tomar en consideración hechos posteriores a la presentación a la demanda o que se flexibilice la prueba para permitir que dichos procesos se decidan con

arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, más cual declara reiterada doctrina jurisprudencial, cosa distinta es que el Juez no pueda controlar estos nuevos hechos y pruebas, especialmente referidos a la tutela de los derechos de los hijos menores, en cuanto puedan resultar afectados por los mismos, para impedir su incorporación al proceso, mediante una motivación constitucionalmente admisible que tome en consideración si la falta de actividad probatoria se traduce en una efectiva indefensión de la parte, por ser la prueba propuesta y denegada decisiva en términos de defensa, y si, en definitiva, afecta a los intereses que especialmente se tutelan en este proceso. Condición, que no reúne la prueba propuesta por la parte demandada, inadmitida en el acto de la vista, y que permítasenos se estima destinada a demorar la resolución del pleito, en cuanto no fue propuesta en el plazo legal conferido por el artículo 440.1 de la LEC, tratándose de respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, cual se apercibía expresamente en la diligencia de ordenación de citación a la vista, amén que su práctica se antoja irrelevante, a los efectos de la litis, desde el momento en que la modificación decretada trae causa de un hecho sustancialmente objetivo cual el aumento de las obligaciones personales del alimentante, con dos nuevos hijos a su cargo, a modo de dato irrefutable, y su condición de empleado público con ingresos documentalmente acreditados con la demanda.

CUARTO.- El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden y que esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 CC). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011). Esta misma Sala ha reiterado (SSTS citadas de 17 de junio y 17 de Octubre de 2013 de 2013), que uno de los factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación.

En el supuesto litigioso la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa en su condición de progenitora custodia fue pactada por las partes en el convenio regulador, y la eventual pérdida de citada condición por no ser destinada por la citada al domicilio familiar del menor, y residir de forma permanente en casa de su madre, no ha resultado acreditado en autos, a salvo la estancia durante ciertos días intersemanales que permiten compatibilizar la actividad profesional de la progenitora con el horario escolar del menor, cual admitió la citada a modo de actuación ya desarrollada, incluso en mayor medida durante la convivencia matrimonial, lo que justificaría los bajos consumos registrados en la vivienda, y acreditaron dos de los vecinos del inmueble, afirmando que la demandada y su hijo ocupan asiduamente la vivienda familiar, lo que excluye cualquier limitación en su uso, máxime si cabe la extinción pretendida.

QUINTO.- Dada la parcial estimación de la demanda y la naturaleza del procedimiento, no procede realizar expreso pronunciamiento respecto de las costas causadas.

FALLO

Que estimando en parte la demanda formulada por **D.**, contra **DÑA.**, debo modificar las medidas convenidas por las partes y aprobadas por sentencia de 18 de abril de 2011 dictada por este Juzgado, en los autos de divorcio de mutuo acuerdo nº 238/11, a los solos efectos, de reducir la pensión alimenticia fijada a favor del hijo del matrimonio, cifrándola en la suma de 250 euros mensuales, pagadera y actualizable en los términos pactados, y, suprimir la obligación del actor de sufragar la mitad de los gastos de comedor escolar del menor, con efectos desde el dictado de la presente resolución.

Todo ello sin realizar expreso pronunciamiento respecto de las costas causadas.