

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación nº 45/ 2014

S E N T E N C I A N U M . C I N C O

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Javier Seoane Prado /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /

En Zaragoza, a veintiocho de enero de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 45/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 24 de junio de 2014, recaída en el rollo de apelación número 176/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 383/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. José Alberto F. B. representado por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Tartón Ramírez y dirigido por la Letrada D^a. M^a. del Carmen Roig Colás,

frente a D^a. Flora P. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Jiménez Millán y dirigida por la Letrada D^a. Carmen Alquézar Puértolas, en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Ignacio Tartón Ramírez, actuando en nombre y representación de D. José Alberto F. B., presentó ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n^o dos, demanda de modificación de medidas definitivas relativas a menor contra D^a. Flora P. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites que procedan, se dicte sentencia en la que se acuerden las siguientes medidas:

“1^o.- El régimen de visitas entre padre e hijo:

- Cualquier fin de semana del año, no coincidente con vacaciones, con previo aviso a la madre de tres días, desde los viernes a la salida del colegio hasta el domingo o último día de puente, a las 20 horas.

- Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, por mitad del mismo modo que se encontraban estipuladas hasta el momento.

2^o.- Establecer una pensión de alimentos a cargo de D. Alberto F., a favor de su hijo Kevin de 150 €, que será abonada del mismo modo que lo ha sido hasta ahora.”

Advertida posible falta de competencia, previos los trámites legales, por auto de 4 de abril de 2013, se declara la falta de competencia objetiva de ese Juzgado absteniéndose del conocimiento de la cuestión planteada y señalándose como competente el Juzgado de Primera Instancia de los de Familia que por turno corresponda.

SEGUNDO.- Turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta ciudad, y admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la

parte contraria y al Ministerio Fiscal para su contestación. Dentro de plazo contestaron el Ministerio Fiscal y la parte demandada, oponiéndose ésta a la misma y terminó suplicando que se dicte resolución por la que se acuerde:

“1º.- a) Para el caso de que Kevin continúe viviendo en Málaga se adopte el régimen de visitas y vacaciones planteado de contrario.

b) Para el caso de que Kevin y su madre regresen a Zaragoza se acuerde mantener el régimen de visitas y estancias vigente actualmente.

2º.- Se mantenga en cualquier caso la pensión de alimentos que el Sr. F. debe abonar para su hijo Kevin.”

Solicitando por otrosí la práctica de prueba anticipada.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, previos los trámites legales, dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo.- 1.- Estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas presentada por D. José Alberto F. B. contra Dña. Flora P.

2.- La pensión alimenticia a favor del hijo Kevin, con efectos desde esta mensualidad de febrero, queda fijada en 250 euros mensuales.

Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta designada al efecto por Dña. Flora.

Se actualizará automáticamente cada mes de enero, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior.

3.- No hago especial pronunciamiento sobre costas.”

Por la representación procesal de D^a. Flora P. se presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal, oponiéndose ambos, elevándose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial dictó sentencia en fecha 24 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

“FALLAMOS.- Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña Flora P. contra D. José Alberto F. B. y la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia nº 5, de los de Zaragoza, a la que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la citada resolución, desestimando la demanda de D. José Alberto y declarando no haber lugar a la reducción de la pensión de alimentos vigente en la fecha de interposición de la demanda, que se mantiene. Sin especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.”

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Tartón Ramírez, en nombre y representación de D. José Alberto F. B., interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de Casación e Infracción procesal que basó en los siguientes motivos:

“1º.- Recurso Extraordinario por infracción procesal.- Se formula el recurso al amparo del Art. 469.º1,4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

2º.- Recurso de Casación.- Se formula al amparo del art. 477.2,3º de la LEC, y art. 2.2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa, por entender que la resolución del mismo presenta interés casacional. Infracción del artículo 82.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón.”

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver.

Ante la posible causa de inadmisión, se dio traslado a las partes por diez días para alegaciones.

Por auto de 20 de octubre pasado la Sala acordó admitir el motivo del recurso de casación e inadmitir los motivos por infracción procesal, confiriéndose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por 20 días

para oposición. Dentro de plazo, presentaron sus escritos, tanto la parte recurrida, como el Ministerio Fiscal que se opusieron.

Por providencia de 3 de diciembre, se señaló para votación y fallo el día 14 de enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada el día 4 de julio de 2011 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Zaragoza, fueron acordadas las medidas que debían regir el régimen de visitas y pensión de alimentos entre el ahora demandante, don José Alberto F. B., y su hijo menor, Kevin F. P.

Incoado por iniciativa de Don José Alberto el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en la resolución antes citada, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza dictó sentencia de 7 de febrero de 2014, que estableció la modificación de la pensión por alimentos que debía abonar el demandante, reduciéndola de 350 € a 250 €. Apelada esta resolución por la demandada, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 24 de junio de 2014, y denegó la modificación de la pensión que había acordado el Juzgado de Primera Instancia.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO.- Indica el recurrente que la cuestión controvertida ahora es el nacimiento de su nueva hija el día 9 de junio de 2013. Y entiende que este hecho no ha sido debidamente valorado por parte de la Audiencia Provincial, que ha razonado de modo ilógico e irracional, con vulneración patente de la norma aplicable, al mantener en el mismo importe la pensión por alimentos

que venía abonando el actor a favor de su hijo Kevin, nacido el día 26 de enero de 2006 en la relación sentimental anterior habida entre las partes.

La sentencia de la Audiencia Provincial, al proceder a la aplicación del artículo 82, apartados primero y segundo, del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante) enumera, primero, la situación actual de la demandada. Considera que ya no tiene a su disposición la vivienda familiar cuyo uso le atribuyó la sentencia de 4 de julio de 2011. Y recoge que la demandada percibió salario cuando encontró y desarrolló trabajo en ciudad distinta de Zaragoza, pero que ahora se encuentra en paro y carece de ingresos.

La sentencia recurrida pondera así varias circunstancias fácticas que han cambiado desde que fue dictada la sentencia cuya modificación se solicita, y no sólo la que pretende hacer valer en exclusiva el recurrente, de nacimiento de nuevo hijo. Respecto de esta última cuestión, de especial relevancia en la medida en que implica directamente a un menor, la resolución impugnada concreta, en seguimiento de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que “hay que valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores en cuyo interés se actúa. Lo que exige ponderar, no solo las posibilidades económicas del alimentante, sino las del otro progenitor, que tiene también la obligación de contribuir conforme a sus recursos a la atención de los alimentos de los descendientes, pues ha de determinarse si la nueva situación supone una merma de la capacidad económica del alimentante, que incluso puede haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja”.

Y, en atención a lo considerado, y a la omisión por el demandado del cumplimiento de su obligación de acreditar, mínima, pero suficientemente, los ingresos de su nueva pareja, concluye que son dudosos hechos relevantes, por referencia a la falta de conocimiento sobre si el actor ha visto o no mermada su situación económica por relación a la que tenía en el momento de la sentencia del año 2011.

TERCERO.- Como se desprende de lo expuesto, no cabe aceptar la afirmación de irracionalidad de la sentencia recurrida que esgrime el recurrente. Por el contrario, la resolución impugnada valora con claridad el conjunto de datos a considerar para estimar si, por referencia a todo lo conocido realmente, ha habido o no una disminución de la capacidad económica del recurrente desde que se fijaron las medidas iniciales, tal y como ordena el artículo 82 CDFA para el caso de solicitarse el cambio de las medidas previamente adoptadas.

La pretensión del actor de que se tenga en cuenta sólo uno de los datos que es necesario ponderar es, en cambio, contraria a la previsión legal. Ciertamente, el nacimiento de un nuevo hijo supone un nuevo gasto para él. Pero, al lado de ello, se presenta una situación económica peor de la demandada, por cuanto ya no tiene trabajo y no puede usar el inmueble que sí pudo utilizar en el año 2011, con el efecto, beneficioso para el actor y recogido en la sentencia dictada por el Juzgado, de que el demandante está procediendo a la venta del piso.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores, que conducen a la desestimación del recurso de casación no se ven alteradas, total o parcialmente, por la invocación que hace el recurrente de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 30 de abril de 2013 en recurso de casación 988/2012 y que es recogida en la resolución ahora impugnada. Por el contrario, son reafirmadas por la doctrina sentada en tal sentencia del Alto Tribunal, que establece con claridad que quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente. Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisorios la que condujo al dictado de la sentencia impugnada en la forma que lo fue. Con lo cual, lejos de imputarle a esta resolución que haya contrariado la doctrina sentencia por el Tribunal Supremo, lo que debe predicarse es que ha dado pleno cumplimiento a lo establecido en ella.

QUINTO.- Desestimando el recurso de casación procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala, ha resuelto dictar el siguiente fallo,

FALLAMOS.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don José Alberto F. B. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 24 de junio de 2014, que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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