



H

**Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª).
Sentencia núm. 90/2013 de 6 febrero**[JUR\2013\116349](#)

ALIMENTOS: contenido y extensión de los alimentos: modificación: disminución: estimación: Parcial: a cargo de madre a hijos menores: acreditada disminución de ingresos líquidos de actora, pero mantiene un importante patrimonio: no cabe pretensión de retroacción desde inicio de proceso de mediación:

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 929/2012

Ponente: Illma. Sra. mª José Pérez Tormo**AUDIENCIA PROVINCIAL****DE BARCELONA**

SECCION DECIMOCTAVA

ROLLO Nº 929/2012

MODIFICACIÓN MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO Nº 699/2011

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 SANT BOI DE LLOBREGAT

S E N T E N C I A núm. 90/2013

Ilmas. Sras.

Dª ANNA MARIA GARCIA ESQUIUS

Dª MARGARITA NOBLEJAS NEGRILLO

Dª Mª JOSE PEREZ TORMO

Dª MARIA DOLORS VIÑAS MAESTRE

En la ciudad de Barcelona, a seis de febrero de dos mil trece.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoctava de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación medidas supuesto contencioso, número 699/2011 seguidos por el JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 5 SANT BOI DE LLOBREGAT, a instancia de Dª. Bibiana , contra D. Gines , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por Dª. Bibiana representado en esta alzada por el Procurador D. URIEL PESQUEIRA PUYOL contra la Sentencia dictada en los mismos el día 13 de abril de 2012, por el Sra. Juez del expresado Juzgado, con la debida intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Uriel Pesqueira Puyol, en nombre y representación de Bibiana , contra Gines , representado por la Procuradora María Elena de Temple Salinas, manteniéndose las medidas dispuestas en sentencia de divorcio dictada por este Juzgado en fecha 08/06/09 , revocada parcialmente por la sentencia de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15/02/11 .

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora mediante escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso, habiéndose opuesto asimismo el Ministerio Fiscal elevándose tras los trámites legales los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 22 de enero de 2013, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a JOSE PEREZ TORMO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente.

PRIMERO

Recorre la Sra. Bibiana la sentencia de primera instancia que ha desestimado su demanda de modificación de efectos de la anterior sentencia de divorcio de fecha 8 junio 2009 , revocada en parte por la sentencia dictada en apelación de la anterior por esta Sala 18^a de fecha 15 febrero 2011, en la que solicitaba y reitera ahora en su recurso, la reducción de su aportación a los alimentos de los dos hijos comunes de las partes, de #600 mensuales que fijó la primera sentencia, ahora actualizados, y ofrece por este concepto #200 al mes. Asimismo, solicita que el IBI de la vivienda familiar sea asumido por su usuario el señor Gines , **y que tales medidas se acuerden con efectos retroactivos desde que se instó el proceso de mediación entre las partes conforme a lo previsto en el artículo 233 -7 CCC.**

El Sr. Gines y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO

Alega la actora en su recurso que la sentencia yerra cuando compara su situación económica en la fecha del dictado de la sentencia de la Audiencia Provincial en 2011 con la que presenta la actualidad cuando debería haberla comparado con la situación económica que tenía en 2008, momento que analiza la sentencia de divorcio de 2009.

Esta Sala no puede estar de acuerdo con tal criterio pues, tal como alega la representación del demandado, y de conformidad a lo previsto en los artículos 286 y 752,1 [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) la parte pudo aportar en la segunda instancia del proceso de divorcio la prueba acreditativa de los "nuevos hechos" acaecidos hasta aquel momento, de manera que la sentencia dictada en apelación de la del divorcio analizaba la situación económica y laboral de la ahora recurrente que existía hasta ese momento sin que el [artículo 400](#)LEC permita ahora analizar nuevamente todos los hechos y datos que hasta ese momento se pudieron aportar.

Efectivamente, tal y como dispone el [art. 400](#)LEC "De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación".

La Exposición de Motivos de la LEC, en su apartado VIII proclama los criterios inspiradores del art 400 LEC : la necesidad de seguridad jurídica y la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo. Por ello, se considera que la citada norma trata de impedir justamente la sucesión interminable de procesos que de un modo caprichoso o arbitrario plantee a los tribunales controversias parciales que las partes fueren desgranando.

Así, el [art. 400](#)LEC obliga al actor a referir en una misma demanda y a tramitar en un mismo proceso todas las acciones, cualquiera que sean los hechos y fundamentos que puedan sustentarlas en el momento en que se ejercitan. Lo que se pretende evitar con lo previsto en el citado [art. 400](#)LEC es que se pueda pedir lo mismo en diferentes pleitos alegando hechos, títulos jurídicos o fundamentos jurídicos distintos a los invocados en el primer proceso, pero conocidos o que podían haberse invocado al tiempo del ejercicio de la primera acción (existentes), a fin de revisar o completar lo ya enjuiciado, tratando de

evitar que se contravenga el principio non bis in idem, por evidentes motivos de seguridad jurídica, porque no cabe diferir para un nuevo proceso aquello que, relacionado con otro anterior, ya pudo haberse reclamado en este.

El juego del principio preclusivo en materia civil, el principio de oportunidad y de economía procesal, junto con el efecto negativo de la cosa juzgada respecto de la situación existente en el momento del dictado de la última sentencia matrimonial, impide entrar a examinar hechos perfectamente alegables en el momento en que la hoy recurrente ya había cerrado su gestoría sita en la Rambla Cataluña nº 54, sin dar explicación suficiente...del cambio de su actividad laboral, dados los importantes ingresos que le generaba su profesión... según dice la sentencia de esta Sala de fecha 15 febrero 2011 , y ya estaba trabajando por cuenta ajena, con unos ingresos mensuales de 1.300 euros. Ya era titular de un importante patrimonio, junto con su hermana, patrimonio que mantiene en la actualidad, aunque evidentemente su valor de mercado ha variado, como ella misma alega, consistente en la cotitularidad de dos viviendas en la RAMBLA000 nº NUM000 de Barcelona, una casa en Cervera, que precisa rehabilitación, una plaza de aparcamiento en San Adrián del Besós, y es cotitular con el hoy demandado del domicilio familiar, gravado con hipoteca, del que ha pedido la división

TERCERO

Debe pues, analizarse en este proceso únicamente, los hechos acaecidos a partir de la fecha de la sentencia de esta Sala de fecha 15 febrero 2011 , para dilucidar si las circunstancias de la actora han variado de forma sustancial, pues ya reconoce en su demanda que no han variado ni las circunstancias del demandado ni las necesidades alimenticias de los menores.

Debe recordarse que tal como ha dicho esta Sala en reiteradas resoluciones para la prosperabilidad de la acción de modificación de efectos de una anterior sentencia, tal como establece el art. 233-7 CCC, son requisitos legales y jurisprudenciales que existan adoptadas convencional o judicialmente medidas en proceso de derecho de familia que regulen sus efectos; que hayan surgido hechos posteriores que impliquen una variación sustancial en las circunstancias que sirvieron de base a la adopción de tales medidas, esto es que la modificación sea verdaderamente trascendente y no de escasa o relativa importancia, que tal situación sea permanente o duradera y no coyuntural o transitoria, que no sea imputable a la voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituída con finalidad de fraude, que se base en hechos posteriores y no previstos por las partes o el Juez en el momento en que se adoptaron las medidas que ahora se pretenden modificar y que la modificación haya sido solicitada en la forma establecida por la Ley.

Planteada así la cuestión, debe examinarse la situación económica y laboral de la actora desde la fecha de la sentencia de esta Sala de 15 de febrero de 2011 , y así se observa que mantiene el mismo importante patrimonio, en cotitularidad con su hermana y el domicilio que fue familiar en cotitularidad con el demandado, del que ha solicitado la división. En cuanto a sus ingresos líquidos, ha pasado de cobrar 1.300 euros mensuales por su trabajo por cuenta ajena, a percibir el subsidio de 426 euros al mes, tras haber trabajado en otra empresa desde el 27 de abril 2011 al 9 de mayo 2011 como formadora en cursos de nóminas y seguridad social, pues no podemos olvidar que es contable y diplomada en relaciones laborales, por lo tanto, que tiene una importante formación y con ello, capacidad de trabajo, tal como demostró cuando regentaba una gestoría y posteriormente, accediendo a diferentes trabajos por cuenta ajena en distintas empresas, sin que haya acreditado documentalmente, la depresión psicológica que alega como impedimento para trabajar. Durante los años 2008 a 2011 ha podido desarrollar trabajos para distintas empresas y actividades relacionadas con el AMPA del colegio de sus hijos lo que se compagina mal con la alegada depresión de tal importancia que le impidiera toda actividad laboral y de actividad personal.

Ahora bien, se tiene en cuenta que los ingresos líquidos de la actora han disminuido, y aunque mantiene un importante patrimonio con el que hacer frente a sus obligaciones, y entre ellas las alimenticias para con sus hijos, debe reducirse su aportación a los alimentos de los menores en cuantía que esta Sala considera adecuada de 450 euros al mes

Se estima pues, en parte, el recurso planteado contra este extremo de la sentencia.

CUARTO

La petición de retroacción de la reducción del importe de la pensión alimenticia que ahora se ha acordado, desde la fecha en que se inició el proceso de mediación que terminó sin alcanzar ningún acuerdo no puede estimarse pues no se ha acreditado el motivo por el que no se llegó a algún acuerdo en tal proceso, de manera que retrotraer los efectos pretendidos a aquel momento implicaría un fraude procesal que no puede apoyarse por los Tribunales.

Efectivamente, el art. 233-7 CCC prevé la retroacción de los efectos cuya modificación se pretende a la fecha del inicio del proceso de mediación, si así lo solicita quien ha intentado llegar a tal acuerdo extrajudicial. Pero para ello debe quedar acreditado que la parte que pretende tal modificación ha desplegado todo su interés en llegar a los acuerdos cuya modificación solicita, sin que el simple hecho de proponer una mediación y después ha dificultado o obstaculizado, o incluso, no ha comparecido a las sesiones que al efecto se hayan podido señalar pueda determinar que los efectos previstos en el referido precepto legal desplieguen sus efectos desde la fecha inicial del proceso de mediación pues ello entrañaría un fraude procesal inadmisibile.

En el caso de autos no consta acreditado los motivos por los que no se alcanzó la mediación que terminó sin alcanzar ningún acuerdo, por lo que debe desestimarse la pretensión de retroacción solicitada por la parte recurrente.

QUINTO

La solicitud de la actora de modificación de la asunción del pago de los gastos de la vivienda que fue en su día familiar, cuyo uso tiene atribuido el demandado y el hijo común no puede estimarse en este proceso de modificación de efectos de la anterior sentencia matrimonial, pues no se ha acreditado una variación de las circunstancias referidas a tal atribución de pago, sin que la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 233-23 CCC implique por si sola una modificación de circunstancias. La Disposición Transitoria Tercera establece que para que se puedan modificar los efectos de una anterior sentencia matrimonial deben haberse modificado las circunstancias, y no será necesaria tal modificación de circunstancias para revisar las medidas referidas a guarda y régimen de visitas de hijos comunes, sustitución de pensión compensatoria por entrega de un capital en bienes o dinero y la sustitución de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar por el abono de una prestación dineraria, siempre que para tales modificación se cumplan los requisitos legalmente previstos.

En el caso de autos no se ha acreditado modificación alguna de la situación de la vivienda para que pueda estimarse la modificación pretendida. El demandado sigue ostentando la guarda del hijo común, y ambos, padre e hijo, siguen viviendo en la vivienda que fue en su día familiar, que se mantiene en copropiedad de ambas partes, sin que pueda apreciarse como modificación de circunstancias las vicisitudes económicas y laborales de las partes, como pretende alegar la recurrente, pues se mantiene incólume su relación de propiedad y atribución de uso, así como los motivos de tal atribución, que son que para el caso que se nos plantea, deben analizarse.

Se desestima, pues este motivo del recurso.

SEXTO

Conforme al Art. 398,2 de la [LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedimental, dada la estimación parcial del recurso planteado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Doña. Bibiana contra la sentencia de fecha trece de abril de dos mil doce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Sant Boi de Llobregat , debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo que se refiere al importe de la pensión alimenticia filial a cargo de la madre que se fija en cuatrocientos cincuenta euros (450 euros) al mes.

Se confirma en lo demás la sentencia recurrida, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en el presente recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del [artículo 477.2 LEC \(RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F.16ª, 1.3ªLEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por la

Ilma. Sra. Magistrada Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.

Análisis del documento

Historia del caso

La descripción de la Historia del caso sólo está disponible en la opción Imprimir.

Normativa considerada



(Disposición Vigente) **Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio.** [LCAT 1984\1888](#)

- **aplica norma.**

Voces

ALIMENTOS

Contenido y extensión de los alimentos

Modificación

Disminución

Debe estimarse

Parcial: a cargo de madre a hijos menores: acreditada disminución de ingresos líquidos de actora, pero mantiene un importante patrimonio: no cabe pretensión de retroacción desde inicio de proceso de mediación:

[F.3]

CATALUÑA

REGIMEN ECONOMICO CONYUGAL

Otras cuestiones

Divorcio: modificación de medidas: alimentos a hijos: disminución de aportación: parcial: a cargo de madre a hijos menores: acreditada disminución de ingresos líquidos de actora, pero mantiene un importante patrimonio: no cabe pretensión de retroacción desde inicio de proceso de mediación:

[F.3]

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO

Convenio regulador

Modificación de medidas

No debe estimarse: modificación de obligación de pago de gastos de vivienda familiar de esposa a esposo: uso atribuido a esposo e hijo común: falta de acreditación de variación de circunstancias de atribución de pago:

[F.5]