

Audiencia Provincial Civil de Madrid  
Sección Vigésimocuarta  
C/ Francisco Gervás, 10 , 914936211 - 28020  
Tfno.: 914936211  
37007740  
N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0052958

  
(01) 30290866936

### Recurso de Apelación

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 75 de Madrid  
Autos de Modificación Medidas

**APELANTE – DEMANDANTE:** Dña.

PROCURADOR D.

**APELANTE- DEMANDADO:** D.

PROCURADOR Dña.

MINISTERIO FISCAL

**Ponente:** Ilma. Sra. Dª MARIA JOSE DE LA VEGA LLANES.

### SENTENCIA N°

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilma. Sra. Dª Mª José de la Vega Llanes

Ilma. Sra. Dª Mª Josefa Ruiz Marín

En Madrid, a veintitrés de marzo de 2.015

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Modificación de Medidas, con el nº procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 75 de Madrid

De una parte como apelante-demandante, D.  
, representado por la Procuradora Dª .

De una, como apelante-demandada, Dña. . representada por  
el Procurador D.

Siendo parte el Ministerio Fiscal

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dª MARIA JOSÉ DE LA VEGA LLANES.

AESTIMATIO

A B O G A D O S



C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31  
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

## 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 20 de febrero de 2.014, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 75 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*“FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda de medidas acordadas en sentencia de divorcio, de fecha 30 de mayo de dos mil siete, en autos nº 7, presentada por D. [Nombre], Procurador de los Tribunales Dª [Nombre], contra Dª [Nombre], representada por el Procurador de los Tribunales, D. [Nombre], y ACUERDO:*

*1º.- Mantener la guarda y custodia de los menores, en la persona de la madre.*

*2º.- Ampliar el régimen de visitas establecido a favor del padre, en cuanto al reintegro de los menores, los fines de semana alternos, teniendo lugar, los lunes en el centro escolar.*

*3º.- Modificar el importe de la pensión de alimentos y reducir la misma a la cantidad de 800 euros (400 euros por cada hijo). Dicha cuantía se actualizará y abonará en el mismo tiempo y condiciones que las establecidas en sentencia.*

*4º.- No ha lugar a determinar los gastos extraordinarios.*

*5º.- No procede hacer pronunciamiento respecto del cese del uso de la vivienda ni de la autorización para venderla.*

*6º.- El seguro médico seguirá siendo abonado por el padre.*

*En lo no modificado por la presente sentencia, regirá lo dispuesto en sentencia de divorcio.*

*No procede hacer expresa condena en costas”.*

**TERCERO.-** Notificada la anterior resolución se prepararon e interpusieron sendos recursos de apelación por la representación de ambas partes, a los que se opusieron las contrarias en los términos que constan en escritos obrantes en autos.

Mediante Auto de fecha 24 de julio de 2.014, se señaló el día 18 de marzo de 2015 para deliberación, votación y fallo.

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

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de D.

interpuso demanda de modificación de medidas, que fueron adoptadas de común acuerdo en convenio regulador de 19 de marzo de 2.007, homologado judicialmente en Sentencia de 30 mayo del mismo año.

Los extremos que fueron objeto de controversia se circunscriben a los siguientes:

1.- Un cambio de la guarda y custodia de los dos hijos comunes, en favor del actor. Tal pretensión no fue acogida por el juzgado "a quo" con acertados razonamientos, en los que coincide sustancialmente el ministerio fiscal y que se aceptan expresamente en esta alzada. El actor no acredita motivo alguno para considerar que sea más adecuado un cambio en el ejercicio de la guarda y custodia, lo que supondría una alteración de la situación que se ha mantenido desde el año 2.007 y que se ha venido desarrollando de forma correcta. Se alega que el menor [redacted], ha suspendido ocho asignaturas, mas figura que este menor padece un déficit de atención diagnosticado ya en el año 2.006, lo cual conlleva un tratamiento psicopedagógico y ha supuesto la existencia de problemas y dificultades escolares, con anterioridad al convenio regulador en el que ambos progenitores estuvieron de acuerdo en que se ejerciera la guarda directamente por la madre. Además, el hijo no manifestó deseos de cambiar de guarda.

2.- El padre también solicitó una ampliación del régimen de visitas, que fue acogida en cuanto a la ampliación del fin de semana, acordando que la restitución de los menores tenga lugar los lunes en el centro escolar. Si bien no se estimó procedente ampliar el régimen de pernoctas intersemanales, lo que también debe de ser confirmado por cuanto que no se evidencia que ello sea en beneficio de los menores, que pueden ver alterado su sistema regular de actividades cotidianas.

3.- También solicitó el actor una reducción de la cuantía de la pensión de alimentos que venía establecida en la suma de 2.000 € para contribuir al sostenimiento de los dos hijos comunes, solicitando en la demanda que tal cuantía quedará determinada en la suma de 700 € mensuales por hijo, es decir, en la cantidad total de 1400 €. Posteriormente a la demanda, mediante escrito de 7 de octubre de 2.013, el actor presenta un nuevo escrito de modificación de lo solicitado en su escrito de demanda sobre la base de que sus ingresos habían desaparecido en su totalidad, en base a que el despacho de abogados del que era participe con un 20% se encontraba muy afectado por la actual crisis económica, por lo que se había visto obligado a vender tal participación por la suma de 1200 € y terminaba suplicando que la cuantía la pensión de alimentos quedara reducida a la suma de 300 € mensuales para los dos hijos.

En la sentencia apelada se acuerda modificar la cuantía de la pensión de alimentos que venía establecida del convenio regulador fijándose en la cantidad de 800 € mensuales para los dos hijos.

Frente a esta decisión la parte demandada muestra su disconformidad alegando que no se ha acreditado la disminución de la capacidad económica del actor.

En esta materia es preciso señalar que no puede haber una modificación por

alteración de circunstancias cuando tal alteración no está acreditada de una forma cumplida. Nos encontramos en el presente caso en primer lugar con una situación ambigua en todo su desarrollo, por cuanto si bien se inicia la demanda con la pretensión que una reducción de la cuantía la pensión de alimentos ésta se limita hasta la suma de 1.400 € para los dos hijos, para la viabilidad de tal pretensión hubiera sido necesario conocer con claridad los ingresos que venía percibiendo el actor en las inmediaciones previas a la suscripción del convenio en el año 2.007. Se desconoce contablemente la capacidad económica del actor en dicha época, salvo por la propia valoración que ambos progenitores tuvieron a bien para determinar la cantidad con la que el padre se comprometía a contribuir al sostenimiento de los hijos, no hay reflejo cierto de sus ingresos en aquella fecha para poder hacer un examen comparativo. Por otro lado, la introducción con posterioridad a haberse entablado la litis de un nuevo hecho como es la venta de su participación social como abogado en el despacho ), por el valor nominal de sus acciones (1.200 € por el 20%) tampoco está justificada objetivamente sino por una decisión que se adopta en la junta general extraordinaria de 20 de junio de 2.013, según certificación expedida en dicha fecha. Lo cierto es que el actor sigue ejerciendo como abogado, es administrador único de dos sociedades de responsabilidad limitada y cuenta con fondos inversión. Nos encontramos con una pensión de alimentos que se ajusta a las necesidades de los menores, que ha sido pactada, y que debe de mantenerse salvo que realmente conste de manera objetiva que las premisas fácticas sustanciales para su determinación han variado de de tal manera que es necesario un reajuste para hacer viable el cumplimiento de tal obligación, lo que no cabe apreciar en este caso donde la capacidad económica del actor se mantiene confusa en la actualidad, por la diversidad de empresas que administra y porque continúa en el ejercicio de su actividad profesional como abogado, sin que pueda apreciarse que por la venta de su participación social se haya producido una alteración sustancial que le impida hacer frente al pago de sus obligaciones económicas con respecto sus hijos, pues el actor siempre ha ejercido su profesión por cuenta propia, y lo sigue haciendo, por lo que a falta de prueba en contrario ha de estimarse que sigue manteniendo sus potencial adquisitivo en términos similares a los que tenía con anterioridad.

Es sabido que es difícil demostrar el empeoramiento de la situación económica de los trabajadores autónomos pero más difícil aún es comprobar que la situación descrita por el progenitor obligado a pagar alimentos y que es trabajador por cuenta propia es tal y como la describe el propio trabajador. En este sentido es preciso tener en cuenta que el progenitor deberá demostrar su situación económica en el momento en que se adoptaron las medidas cuya modificación se pretende y su sustancial cambio, es decir, que este cambio incide de forma determinante en el equilibrio de las prestaciones, ya que en caso contrario habrá de mantenerse lo estipulado por las partes. En consecuencia procede estimar en este particular el recurso interpuesto por la representación procesal de Doña y en su virtud mantener la cuantía de la pensión de alimentos en los mismos términos en los que son pactados en el convenio regulador suscrito por los litigantes y homologado judicialmente en sentencia de 30 de mayo de 2.007.

4.- En cuanto al uso de la vivienda familiar debe de mantenerse a favor de los hijos y la madre en virtud de lo previsto el párrafo 1º del artículo 96 C.C., que atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. Así pues, la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional. El artículo

39.3 C.E. impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 5-9-2011, nº 624/2011, rec. 1755/2008).

**SEGUNDO.-** Dada la índole de la materia discutida, no procede hacer una especial condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

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

### **III.- F A L L A M O S**

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup>. [redacted], representada por el Procurador D. [redacted], seguido con D. [redacted], representado por la Procuradora Dña. [redacted] y **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por D. [redacted], representado por la Procuradora Dña. [redacted], seguido con D<sup>a</sup>. [redacted], representada por el Procurador D. [redacted]; ambos frente a la Sentencia de fecha 20 de febrero de 2.014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 75 de Madrid, en autos de Modificación de Medidas, con el nº [redacted]; debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** la citada resolución en el sentido de mantener la cuantía de la pensión de alimentos que venía establecida en la sentencia de 30 de mayo de 2.007, confirmándose el resto de pronunciamientos fijados en la sentencia de instancia.

Sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Con pérdida del depósito constituido, para la parte que ha visto desestimadas todas sus pretensiones; y en caso de ser estimatorio el recurso, debiendo procederse a la devolución del depósito al consignante; salvo que sean beneficiarios de justicia gratuita.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma puede haber la interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, si se dan algunos de los supuestos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 para ante el Tribunal Supremo en el plazo de VEINTE DIAS.

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