

**Resumen**

*El TSJ estima el recurso de infracción procesal interpuesto por el esposo divorciado demandante, contra la sentencia dictada por la AP, que estimó el recurso de apelación interpuestos por la esposa divorciada demandada, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda de modificación de medidas, la Sala casa y anula la misma, y repone las medidas acordadas en primera instancia. El recurrente ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, por error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba, en cuanto a la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos y contribución a los gastos, en correspondencia con el principio de proporcionalidad. Si bien, la Sala aprecia la incorrecta técnica del escrito del recurso, estima que procede entrar en su consideración, atendidas las circunstancias del caso. La existencia de este error notorio o patente, determina la arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia. De la prueba practicada se desprende el notorio error valorativo denunciado por el recurrente, que interpuso la demanda de modificación, dado que su relación laboral se había extinguido por despido, y actualmente está en desempleo. Por ello, se trata de una notoria y relevante modificación, que ha de tener consecuencias en la contribución del demandante a las cargas del matrimonio. En consecuencia, procede reducir la pensión de alimentos de los hijos, dadas las necesidades de éstos y los recursos económicos del recurrente, en los términos y la cuantía expresados en la sentencia de primera instancia. También deja sin efecto la obligación de contribuir al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija, al no ser necesario, y en defecto de acuerdo que no consta en autos, no puede ser de cargo del padre recurrente.*

**NORMATIVA ESTUDIADA**

- DLeg. 1/2011 de 22 marzo 2011.
- art.82
- Ley 2/2010 de 26 mayo 2010.
- art.8
- Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
- art.469.1 , art.469.775 , art.477.2.3 , dfi.16.1.6 , dfi.16.1.7
- CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
- art.24
- RD de 24 julio 1889. Código Civil
- art.146

**ÍNDICE**

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	5

**CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS**

- ALIMENTOS
  - PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL
    - A favor de los hijos
      - Proporcional a ingresos y necesidades
  
- MATRIMONIO
  - EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO
    - Procedimiento de modificación de medidas
      - Requisitos de la modificación de condiciones
        - Sobrevenidas
        - Sustancial
        - Permanente
  
- PROCESO CIVIL
  - RECURSOS
    - Extraordinario por infracción procesal
      - Motivos

Vulneración de derechos fundamentales del artículo 24 CE

Admisión

Casación

Resoluciones recurribles

Interés casacional

Recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia

Cuestión de derecho propio de la Comunidad Autónoma

Otras cuestiones

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento: Recurso extraordinario por infracción procesal

### Legislación

Aplica art.82 de DLeg. 1/2011 de 22 marzo 2011

Aplica art.8 de Ley 2/2010 de 26 mayo 2010

Aplica art.469.1, art.469.775, art.477.2.3, dfi.16.1.6, dfi.16.1.7 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil

### LEC

Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.146 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 2/2010 de 26 mayo 2010

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

### Bibliografía

Citada en "Los gastos extraordinarios"

Versión de texto vigente null

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María Pilar Serrano Méndez, actuando en nombre y representación de D. José Ángel, presentó demanda de Modificación de Medidas definitivas contra D<sup>a</sup> Laura, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte Auto en el que se acuerde la modificación de medidas dictadas en la Sentencia de fecha 22/12/2005 parcialmente modificada por la de apelación de fecha 8/11/2006, y en su lugar se acuerde la supresión o en su caso la suspensión de la pensión por cargas del matrimonio y alimentos que viene abonando a la demandada a la vista de la situación de desempleo que sufre el demandante, y su correspondiente inexistencia de ingresos, y se exima al demandante de contribuir al pago de los gastos de los estudios de la hija en la Universidad Nebrija de Madrid, imponiendo las costas a la parte demandada, de oponerse a la presente demanda. Por otrosí solicitó la modificación provisional de las medidas definitivas y la práctica de prueba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días para que contesten a la demanda, lo que hicieron, dentro de plazo, tanto el Ministerio Fiscal como la demandada, oponiéndose, ésta última, a la modificación de medidas planteada de contrario, y en consecuencia se proceda a mantener en todos sus extremos las medidas acordadas.

TERCERO.- El Juzgado de Instrucción núm. Once dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que estimando en parte la demanda de modificación de medidas interpuesta por la representación procesal de D. José Ángel se modifican las medidas acordadas en la sentencia de divorcio entre D. José Ángel y D<sup>a</sup> Laura dictada en autos num. 33/2005 de este juzgado en los siguientes términos: Se fija como pensión de alimentos con cargo a D. José Ángel para cada uno de los dos hijos, Verónica y Julián, la cuantía de 150 euros mensuales actualizables anualmente conforme a las variaciones de I.P.C. publicado por el I.N.E. u organismo oficial que lo sustituya.- Se deja sin efecto la obligación de contribuir D. José Ángel al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija.- No ha lugar a expresa condena en costas procesales."

CUARTO.- Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción num. Once de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria y al Ministerio Fiscal, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso. La parte demandante, en su escrito, además de oponerse presentó recurso de apelación, del que se dio traslado a la demandada, quién se opuso al mismo. Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, practicadas las pruebas que fueron admitidas, ésta dictó sentencia de fecha 24 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. José Ángel y estimando el formulado por D<sup>a</sup> Laura, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción num. 11 de Zaragoza, el 29 de marzo de 2010, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de desestimar la demanda de modificación de medidas formulada por D. José Ángel y mantener las medidas

acordadas en sentencia firme de divorcio dictada por esta Sala el 8 de noviembre de 2006, y, todo ello, sin hacer declaración de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada. Devuélvase el depósito constituido por D<sup>a</sup> Laura, dándose el destino legal procedente."

QUINTO.- La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> María Pilar Serrano Méndez, actuando en nombre y representación de D. José Ángel, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso por Infracción Procesal y de Casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición de ambos recursos que los basó en los siguientes motivos: "Motivo de casación.- Primero: El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , denunciando la violación del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación del art. 8 Ley 2/2010 (ley 2/2010, de 26 de mayo EDL 2010/78502 ), art. 82 Código Foral de Aragón), en consonancia con el art. 146 Código Civil EDL 1889/1 , presentando evidente interés casacional la resolución del recurso, por inexistencia de doctrina del Tribunal Superior de Aragón sobre este extremo." Y el Recurso extraordinario de infracción procesal: "Primero: Error en la valoración de la prueba.- Segundo.- Siendo que la prueba, acredita que el recurrente dispone tan solo de unos ingresos de renta activa, de 406,00Eur. al mes, no cabe imponer unas obligaciones económicas de más de 1.000,00Eur. al mes, pues amén de desproporcionada es de imposible incumplimiento.- Tercero.- No cabe otra deducción de la prueba de autos, que no sea que el recurrente no puede pagar con 406,00Eur./mes las obligaciones de más de 1.000,00Eur./mes que le impone la sentencia. Si se confirmara ahora tan desacertada sentencia, seguiría siendo de imposible cumplimiento, y ello es incompatible, con el más relativo concepto sobre la Justicia que pueda tenerse."

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 8 de septiembre Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos planteados, admitiéndolos a trámite. Conferido traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo hizo la representación legal de la parte demandada y el Ministerio Fiscal, terminando éste último su escrito manifestando: "en atención a lo expuesto se considera que procede estimar en parte este motivo de casación en el sentido de casar y anular la resolución impugnada para reponer las medidas modificadas que fueron acordadas por el Magistrado Juez de Instrucción num. 11 de Zaragoza en sentencia de 29 de marzo de 2010 que se estimaron adecuadas en su momento a las circunstancias del caso."

No habiéndose solicitado por la parte la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 14 de diciembre de 2011.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda que ha dado origen a la tramitación de los presentes autos insta la modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio, recaída en fecha 22 de diciembre de 2005 y parcialmente modificada en la sentencia de apelación, de 8 de noviembre de 2006, en lo concerniente a dos de los pronunciamientos en ellas efectuados: al importe de la pensión por cargas del matrimonio y alimentos de los hijos comunes, Belen y Aureliano, y la exención del pago de los gastos relativos a los estudios que la hija Belen viene cursando en la Universidad Privada "Nebrija" de Madrid. Las razones en que se funda la demanda son, sustancialmente, la modificación de las circunstancias concurrentes en cuanto a los ingresos que obtiene el demandante, por cuanto ha venido prestando sus servicios a la empresa Bruesa hasta el día 21 de diciembre de 2009, fecha en que ha sido despedido, expresando en la demanda que en la fecha de su presentación (8 de enero de 2010) se encuentra sin empleo ni ingreso alguno.

Tramitado el proceso en primera instancia, recayó sentencia que estimó en parte la demanda. Declara como hecho acreditado que la relación laboral del demandante se extinguió por despido en fecha 21 de diciembre de 2009, sin que conste la percepción de ingresos con posterioridad. También declara probado que en años precedentes había percibido importantes remuneraciones por su actividad laboral, concretadas en 55.163, 56 euros el año 2008 y 40.000 euros el año 2009. El juez de primera instancia aprecia una variación importante de las circunstancias, lo que justifica también una modificación de la contribución del demandante a las cargas familiares, con base en el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 . Por ello acuerda reducir el importe de la pensión de alimentos para los hijos, que fija en 150 euros mensuales, actualizables anualmente, y deja sin efecto la obligación de contribuir al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija.

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación por ambas partes. En la segunda instancia se practicó prueba documental y, como consecuencia de la valoración de su resultado, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso interpuesto por D<sup>a</sup> Laura y desestimatoria del deducido por D. José Ángel. En los fundamentos de derecho se declara probado, entre otros extremos: que la hija mayor del matrimonio cursa la triple licenciatura con diploma "Nebrija Lidera", cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros; que los dos hijos del matrimonio, de 22 y 17 años de edad, se encuentran en plena etapa formativa y de estudios, careciendo de independencia económica; y que el actor está percibiendo una Renta Activa de Inserción por importe mensual de 426 euros, hasta el día 11 de diciembre de 2011.

En el fundamento tercero se expresa que del resultado de la prueba practicada en el proceso ha de inferirse la falta de alteración de las circunstancias concurrentes al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio, por cuanto, aun tratándose de empleos temporales, ha quedado acreditado el trabajo ininterrumpido del actor desde entonces, y la consiguiente percepción de ingresos por el mismo, manteniéndose incólumes las necesidades de los dos hijos de matrimonio, en plena etapa formativa, sostenidas en exclusiva por los trabajos temporales desarrollados por la madre, D<sup>a</sup> Laura.

En consecuencia revoca la sentencia de primera instancia, manteniendo las medidas acordadas en sentencia firme de divorcio de 8 de noviembre de 2006.

TERCERO.- La representación de D. José Ángel interpuso recurso de casación y de infracción procesal. Ambos han sido admitidos a trámite, procediendo examinar primeramente éste último, de conformidad a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 6ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 .

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la existencia de error en la valoración de la prueba, por cuanto el recurrente, tras haber sido despedido por la empresa para la que prestaba sus servicios, ha pasado a cobrar un subsidio de desempleo en cantidad de 426 euros mensuales, expresando que solo lo cobró a partir de abril de 2010, y que con anterioridad ni siquiera sabía si lo cobraría; que entre el 8 de junio y 23 de diciembre de 2010 percibió la prestación del Programa temporal de protección por desempleo e inserción (PRODI) por el mismo importe; y que desde el 12 de enero de 2011 resulta receptor de Renta Activa de Inserción de 406 euros al mes. A partir de ese razonamiento estima que no se le puede imponer obligaciones económicas que se elevan a más de 1000 euros mensuales cuando sus ingresos son de 406 euros, por lo que la cuantía determinada en la sentencia, además de desproporcionada, resulta de imposible cumplimiento.

Termina instando de la Sala acuerde la supresión o suspensión del pago de la pensión de alimentos impuestas en la sentencia recurrida, así como suprima la obligación de contribuir en los gastos de estudios universitarios de la hija o, en otro caso, señale el importe de pensión de alimentos acorde a la situación actual, o confirme la sentencia de primera instancia de estimación parcial de la demanda.

CUARTO.- Dicho recurso extraordinario fue preparado al amparo de lo previsto en el art. 469, 2ª y 3ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba, en cuanto a la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos y contribución a los gastos, en correspondencia con el principio de proporcionalidad; y el escrito de interposición del recurso se desarrolla conforme a los argumentos que precedentemente han sido expuestos.

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la invocación de error en la apreciación de la prueba ha de hacerse al amparo del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , sin que resulte procesalmente correcto hacerlo por la vía del apartado 2º de dicho texto legal, por cuanto este motivo está reservado al examen del cumplimiento de " las normas procesales reguladoras de la sentencia". Tampoco la vía del apartado 3º es la adecuada al efecto. Así se expresa en sentencia 429/2011, de 9 de junio, que cita otras precedentes.

Es por esta razón que el Ministerio Fiscal entiende improsperable el recurso extraordinario de infracción procesal, por cuanto se interpone sin cita de los concretos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 en que se fundamenta, invocando en el escrito de preparación un cauce inadecuado, lo que considera defectos procesales de carácter determinante.

Aun apreciando la Sala la incorrecta técnica del escrito de recurso, estima que procede entrar en su consideración, atendidas las circunstancias del caso. La parte recurrente expresa claramente su voluntad impugnativa e invoca un defecto procesal relevante, cual es el error notorio en la apreciación de la prueba. La existencia, en su caso, de este error fáctico, notorio o patente, determinaría la arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia, lo que significa la infracción en el proceso civil de los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 . No puede la Sala ignorar el examen de tan relevante cuestión, por el defecto formal antes citado.

QUINTO.- El recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser estimado. De la prueba practicada en las instancias resultan los hechos probados que han sido recogidos en los precedentes Fundamentos de Derecho, y de ellos se desprende el notorio error valorativo denunciado por el recurrente.

Consta comprobado que el demandante, cuando instó la modificación de medidas definitivas adoptadas en la sentencia de divorcio, había perdido el empleo que anteriormente tenía, y que le producía elevados ingresos, en los términos que han quedado recogidos. A la fecha de interposición de la demanda no constaban otras percepciones. Aunque la prueba practicada en segunda instancia ha llegado a determinar la percepción de subsidios, devengados a partir de 2 de enero de 2010, y que finalmente se concretan en el derecho a percibir la Renta Activa de Inserción por importe mensual de 426 euros, de ello no puede inferirse la conclusión que saca la sentencia de segunda instancia: la falta de alteración de las circunstancias concurrentes.

Se trata, por el contrario, de una notoria y relevante modificación, que ha de tener consecuencias en la contribución del demandante a las cargas del matrimonio, en los apartados a que se refiere su demanda.

SEXTO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC EDL 2000/77463 , que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

SÉPTIMO.- Las alegaciones expresadas en el recurso de casación se centran en la violación del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación del artículo 8 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo EDL 2010/78502 , ( art. 82 Código Foral de Aragón), en consonancia con el art. 146 Código Civil EDL 1889/1 . Se denuncia que, habiendo quedado acreditada una notoria disminución de los ingresos del actor, ahora recurrente, el mantenimiento de la pensión de alimentos y de la necesidad de contribuir a otros gastos de los hijos en la misma cuantía que estaba establecida en la sentencia de divorcio vulnera la proporcionalidad establecida en la ley.

El tribunal, retomando la instancia, ha de acoger parcialmente la pretensión del recurrente. La demanda se ha interpuesto al amparo del art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que permite a los cónyuges solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por ellos o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

El art. 82 del Código de Derecho Foral de Aragón, que recoge la norma contenida en el artículo 8 de la Ley 2/2010, previene que 1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.

2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.

3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.

4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

La aplicación al caso de la norma determina:

a) que la proporcionalidad en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, atendidas las necesidades de éstos y los recursos económicos disponibles por los progenitores, exige una disminución de la contribución del recurrente, en los términos y la cuantía que habían quedado expresados en la sentencia de primera instancia, es decir, fijando como pensión de alimentos con cargo a D. José Ángel para cada uno de los dos hijos, Belen y Aureliano, la cuantía de 150 euros mensuales actualizables anualmente; sin que proceda extinguir su obligación, ya que el deber de contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos no desaparece por la peor fortuna del progenitor.

b) que ha de quedar sin efecto la obligación de contribuir D. José Ángel al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija, por aplicación del último párrafo del precepto antes transcrito, ya que los estudios que ésta realiza en la Universidad Privada "Antonio de Nebrija" de Madrid, en la que cursa la triple licenciatura con diploma "Nebrija Lidera", cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros, ha de ser considerado como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, que no consta en autos, no puede ser de cargo del padre recurrente.

OCTAVO.- La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas; y tampoco en cuanto a las causadas en las instancias.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

PRIMERO.- Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación legal de D. José Ángel contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de mayo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 543/2010, que anulamos; y dictando nueva sentencia, estimamos parcialmente la demanda deducida por la representación del recurrente y confirmamos el fallo recaído en primera instancia.

SEGUNDO.-.- No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en las instancias y en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 50297310012012100002