

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

6 FEB 2008

BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA
BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA**

Sección 4ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016665

Fax: 94-4016992

N.I.G. 48.04.2-05/030784

A.mod.med.def.L2 94/07

O.Judicial origen: Jdo.1ª Inst. nº 6 Familia (Bilbao)

Autos de Mod.med.def.in.L2 756/05

Recurrente: ANGEL VIDAL HERRER

Procurador/a: MARIA BEGOÑA PEREA DE LA TAJADA

Recurrido: ISABEL TORREIRA RAMIREZ

Procurador/a: ALFONSO JOSE BARTAU ROJAS

(Handwritten signature)

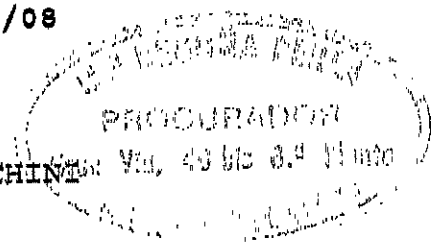
SENTENCIA Nº 55/08

ILMOS. SRES.

D. FERNANDO VALDES SOLIS CECCHINI

Dª. LOURDES ARRANZ FREIJO

Dª REYES CASTRESANA GARCIA



En BILBAO, a veinticuatro de Enero de dos mil ocho.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados arriba reseñados, el procedimiento MODIFICACIÓN MEDIDAS DEFINITIVAS Nº 756/05, procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Bilbao y seguido entre partes: Como parte apelante ANGEL VIDAL HERRER representada por la Procuradora Sra. Perea de la Tajada y dirigida por la Letrado Sra. Gamboa Elguea y como parte apelada que se opone al recurso ISABEL TORREIRA RAMIREZ representado por el Procurador Sr. Bartau Rojas y dirigido por el Letrado Sr. Poirier Benito del Valle; siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sentencia de instancia de fecha 20 de julio de 2006 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Primero.- Que, desestimando la excepción de prejudicialidad civil y ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Bartau Rojas, en nombre y representación de D^a Isabel TORREIRA RAMIREZ, debo MODIFICAR y MODIFICO la Sentencia de fecha 19 de Julio de 2001, de este mismo Juzgado, recaída en autos de Divorcio n^o 421/99, en el único particular de incrementar con un veinticinco por ciento la cantidad mensual total actualizada allí señalada en concepto de alimentos para ambos hijos comunes, dejando inalterados el resto de los pronunciamientos de aquella resolución y actualizándose dicha pensión en el futuro sobre la suma resultante, conforme a aquella Sentencia.

Se desestiman los restantes pedimentos de la demanda principal, sin hacer especial condena en cuanto a las costas de ella derivadas.

Segundo.- Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO íntegramente la demanda reconvenicional interpuesta por el Procurador Sr. Bustamante Esparza, en nombre y representación de D. Angel VIDAL HERRER, condenando a éste al pago de las costas derivadas de esta demanda reconvenicional".

SEGUNDO.-Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandado se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el n^o 94/07 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.-Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

CUARTO.-En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D^a REYES CASTRESANA GARCÍA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por el demandado D. Angel Vidal Herrero se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia que, estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas acordadas

en sentencia de divorcio de 19 de julio de 2.001, promovida por Dña Isabel Torreira Ramírez, aumenta la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos Garbiñe y Álvaro el 25% de la cantidad actualizada que se fijó inicialmente en 661,11 euros, al considerarse que está justificada la alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, en base a los mayores ingresos del padre Sr. Vidal, en concepto de retribuciones fijas y variables por su trabajo en el negocio Proton Electrónica, S.L., y desestimando la demanda reconventional interpuesta, rechaza su petición de guarda y custodia compartida del hijo Álvaro, alegando una errónea apreciación de las pruebas practicadas en autos.

SEGUNDO.-Con carácter previo, la parte apelante reitera la prejudicialidad civil en su día planteada, y rechazada en el acto del juicio, atendiendo al art. 43 de la LECn., al estar pendiente de resolverse el recurso de apelación contra la sentencia recaída el 14 de enero de 2.005 en el procedimiento sobre liquidación de la extinta sociedad de gananciales, procedimiento ordinario 701/03 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Bilbao, porque en este procedimiento de modificación de medidas definitivas se justifica la pretensión de elevación de la pensión de alimentos en las argumentaciones contenidas en aquella sentencia referidas a los totales ingresos percibidos por el Sr. Vidal, siendo que la cuantía de los alimentos debe ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Añade que debe acordarse la suspensión de estos autos hasta la definitiva resolución de lo allí acordado, para evitar la existencia de sentencias contradictorias, porque se ha fallado en el procedimiento de liquidación, que las retribuciones variables de D. Ángel Vidal del negocio Proton Electrónica, S.L., son dividendos encubiertos que deben ser reintegrados a la sociedad de gananciales, mientras que la sentencia dictada en la instancia, considera que las retribuciones variables percibidas por el Sr. Vidal deben ser computadas como ingresos para establecer el importe de la pensión alimenticia.

La prejudicialidad civil, encausada por la jurisprudencia tradicional a través de la excepción de litispendencia, ha sido objeto de pronunciamiento reiterado en la jurisprudencia, admitiendo la apreciación de oficio (Ss. TS. 8 de marzo de 1991 y 3 de mayo de 1999), estableciéndose los indispensables requisitos que han de constituir la, como salvaguarda que es de la cosa juzgada evitando la posible contradicción de sentencias en pleitos promovidos sobre lo mismo (Ss. TS. de 31 de julio y 14 de noviembre de 1998 y 26 de marzo de 1999), requisitos que empiezan señalándose en la más perfecta identidad, entre los dos pleitos, de las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron (Ss. TS. de 2 de

mayo de 1983, 8 de marzo de 1991 y 30 de octubre de 1993) y evoluciona admitiendo la excepción cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo pleito (Ss. TS. de 25 noviembre de 1993, de 23 de marzo de 1996 y de 14 de noviembre de 1998), al concluir que "también cabe apreciar la excepción cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos que no pueden concurrir en armonía decisoria, al resultar interdependientes". De otro lado, debe indicarse, que la regulación del artículo 43 de la LECn hay que ponerla en relación con la eficacia positiva o perjudicial de la cosa juzgada de la sentencia, regulada en el artículo 222.4 de la LECn, para llegar a concluir, que la suspensión del curso de las actuaciones sólo puede decretarse, previa audiencia de las partes, en el supuesto de pleitos que se interfieren, cuando el anterior prejuzga el segundo, ante la posibilidad de dos fallos contradictorios, en la terminología de la vigente LEC, cuando, alguna cuestión, que a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente y siempre que no proceda la acumulación de autos.

Ahora bien, en esta alzada se ha aportado la Sentencia de 19 de febrero de 2.007 dictada por esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que desestimando el recuso de apelación interpuesto por el Sr. Vidal, considera que las retribuciones variables percibidas encubren un reparto desigual de dividendos y carecen de cualquier justificación.

Por lo tanto, no existe motivo para la suspensión del proceso de modificación de medidas que nos ocupa, aunque, es claro, que este pleito anterior, definitivamente juzgado, interfiere o prejuzga el que nos ocupa, ante la posibilidad de dos fallos que no pueden concurrir en armonía decisoria, al resultar interdependientes.

TERCERO.-Discrepa la parte apelante del pronunciamiento que mantiene la guarda y custodia materna del hijo Álvaro, próximo a cumplir los 17 años de edad el 30 de marzo de 2.008, al considerar insuficientes los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida, y, por contra, sostener que la distancia entre ambas localidades de Castro Urdiales y Bilbao, donde residen los progenitores, no es grande y están bien comunicadas, la inexistencia de discrepancias y falta de fluidez entre el Sr. Vidal y su hijo Álvaro. Añade que en el sentencia de divorcio se atribuyó la guarda y custodia a la madre, en base al criterio de no separación de los hermanos, el cual no concurre porque la hija mayor Garbiñe de 22 años de edad, en el último año ha estudiado en Gran Bretaña.

En relación a la guarda y custodia compartida de los hijos menores, en el momento actual, tras la reforma del Código Civil en esta materia por Ley 15/2005, de 8 de julio,

el art. 92 prevé la custodia compartida bajo unos requisitos que cuando no tienen como soporte la común voluntad de los progenitores (apartado 5 del art. 92), se contempla como excepcional, siempre bajo el prisma del interés del menor, y con informe favorable del Ministerio Fiscal (apartado 8 del precepto), que no concurre en el presente caso a la vista de la petición formulada por el mismo en el juicio de que la guarda y custodia de la menor siguiese atribuida a la madre. Por lo que no cumplida esta exigencia legal, no ha lugar a fijar una guarda y custodia compartida.

En segundo lugar, alega la parte apelante infracción del art. 770.4 de la LECN y art. 92-2 el Código Civil, que exigen la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio, y, en todo caso, si fueren mayores de doce años, siendo que en el caso se autos, no ha sido oído el menor Álvaro en la instancia.

El art. 459 de la LECN. exige en los casos de infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, alegar la indefensión sufrida y acreditar que se denunció oportunamente la infracción; presupuestos legales que no concurren. Es cierto que se interesó la exploración del menor y así se acordó para el 6 de julio a las 12 horas, mediante providencia de fecha 14 de junio de 2.006 <folio 396 de autos>, en que se celebró el acto el juicio, sin que se reiterase su propuesta y practica de prueba por la parte hoy apelante, no constando alegación alguno al respecto. En esta segunda instancia, se dictó Auto de 27 de febrero de 2.007 por la que se inadmitió la práctica de la audiencia del menor, el cual ha sido consentido por la parte apelante.

CUARTO.- Se debe acogerse el motivo de impugnación vertido por la apelante para revocar el aumento de la cuantía de la pensión alimenticia, atendiendo a que este Tribunal no aprecia ninguna modificación sustancial, permanente y sobrevenida y no voluntaria de las circunstancias concurrentes que se tuvieron en cuenta para su fijación en la sentencia de divorcio de 19 de julio de 2.001, atendiendo a los ingresos económicos del Sr. Vidal.

Efectivamente, reexaminando el material probatorio desarrollado en estas actuaciones, a diferencia de lo sostenido por el Magistrado "a quo", este Tribunal no estima acreditada que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias económicas de los cónyuges y de las necesidades de la menor (arts. 93 y su remisión al 146 del Código Civil) desde la fijación de la cuantía de la pensión alimenticia, en virtud de lo establecido "in fine" en el art. 91 del Código Civil.

Se destaca que el importe de la pensión de alimentos que se pretende modificar se fijó en base a las

circunstancias personales y económicas de los cónyuges en el año 1.998, teniendo por probados unos ingresos brutos de la Sra. Torreira de 20.316,49 euros, mientras que los del Sr. Vidal por su actividad laboral ascendían a 52.456,22 euros, computándose las retribuciones fijas y variables, aparte de los dividendos de la empresa y el arrendamiento de un lonja.

La sentencia recurrida considera que no ha quedado acreditado un aumento de las necesidades de los alimentistas y que la que situación económica de la Sra. Torreira ha mejorado, teniendo por acreditados unos ingresos brutos anuales en 2.004 que superan las 30.000 euros, pero considera que ha quedado demostrados unos ingresos anuales del Sr. Vidal de unos 80.000 euros, en base a la suma de las remuneraciones fijas y variables percibidas del negocio familiar Proton Electrónica, S.L., por lo que estima procedente incrementar el montante de la pensión alimentaria actualizada en un porcentaje total de 25%.

Como hemos dicho, para fijar los ingresos del Sr. Vidal hay que tener en cuenta lo acordado en la sentencia de 14 de enero de 2.005, dictada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, que ha sido confirmada por la dictada en el rollo de apelación de fecha 27 de febrero de 2.007, que incluye en el activo de la sociedad de gananciales el derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. Vidal, por importe de los dividendos gananciales obtenidos por la empresa, incluyéndose, entre otros conceptos, los dividendos encubiertos con las correspondientes actualizaciones de las retribuciones variables percibidas por el Sr. Vidal, es decir, se conceptúan dichas retribuciones variables y excesos de sueldo como ingresos de la sociedad de gananciales, debiendo el Sr. Vidal devolver su importe a la sociedad de gananciales.

Luego, no se acepta que los ingresos del Sr. Vidal giren en torno a los 80.000 euros, porque en base a las anteriores sentencias dictadas en el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, se deben excluir las retribuciones variables y los excesos del sueldo, puesto que se han considerado como dividendos encubiertos, que deben ser devueltos a la sociedad de gananciales. No es posible el cómputo doble de las retribuciones variables, por un lado, que se califiquen como dividendos encubiertos que tiene que ser devueltos por el Sr. Vidal a la sociedad de gananciales, y, por otro lado, se tengan en cuenta para incrementar los ingresos del Sr. Vidal y sirvan de base para aumentar la cuantía de la pensión de alimentos a abonar a sus hijos.

Y, acreditado en estos autos de modificación de medidas, que los ingresos brutos del año 2.003 del Sr.

Vidal, sin las retribuciones variables, ascendían a la cantidad de 57.145,90 euros, la conclusión final a la que llega este Tribunal, es la que no se ha producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en consideración a los efectos de aumentar la cuantía de las pensiones alimenticias de los hijos previamente fijadas en la sentencia de divorcio, por lo que ha de ser revocada la sentencia de instancia en este extremo.

QUINTO.- No ha lugar a efectuar especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta segunda instancia, al estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto, en virtud del art. 398-2º de la LECn.

VISTOS los artículos citados y demás de legal y pertinente aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular, y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DON ANGEL VIDAL HERRER, representado por la Procuradora Dña. María Begonia Perea de la Tajada, contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2.006, por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Bilbao, en los autos de Modificación de Medidas Definitivas nº 756/05, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de mantener la cuantía de la pensión alimenticia establecida a favor de los hijos Garbiñe y Álvaro Vidal Torreira, a satisfacer por el padre D. Ángel Vidal Herrero, sin pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

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

PUBLICACIÓN. -Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente el día 4 de febrero de 2008, de lo que yo la Secretario certifico.