



Roj: **SAP O 1978/2015 - ECLI: ES:APO:2015:1978**

Id Cendoj: **33044370042015100214**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **16/09/2015**

Nº de Recurso: **260/2015**

Nº de Resolución: **231/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO GARCIA VALTUEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00231/2015

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 260/2015

NÚMERO 231

En OVIEDO, a dieciséis de Septiembre de dos mil quince, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Eduardo García Valtueña, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de apelación número **260/2015**, en autos de MODIFICACIÓN Nº 645/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Avilés, promovido por D^a. Gema , demandada en primera instancia, contra D. Adriano , demandante en primera instancia, con la intervención del **MINISTERIO FISCAL**, y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Eduardo García Valtueña.-

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Avilés se dictó Sentencia con fecha uno de Abril de dos mil quince , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Arnaiz Llana, en nombre y representación de DON Adriano , frente a DOÑA Gema , representada por el Procurador de los Tribunales Sr. López González,

DEBO DECLARAR Y DECLARO haber logar a la modificación instada, y en su consecuencia,

ACUERDO fijar la pensión de alimentos a favor del menor hijo del matrimonio, y a cargo del padre, Don Adriano , en la cantidad mensual de TRESCIENTOS EUROS, (300€), cantidad que deberá ser abonada en los mismos términos establecidos en la sentencia dictada en fecha 1 de marzo de 2012 , en autos de Divorcio Contencioso, seguidos ente este juzgado bajo el número 775/2011.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día siete de Septiembre de dos mil quince.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- En el presente proceso de modificación de medidas se dictó sentencia en instancia por la que se estimaba parcialmente la demanda formulada por don Adriano y se acordaba reducir la pensión alimenticia a su cargo establecida a favor de su hijo Felix a la suma de trescientos euros mensuales. La demandada, doña Gema, formuló recurso de apelación con la pretensión de que se revoque la sentencia de instancia y se desestime íntegramente la demanda de modificación de medidas.

SEGUNDO.- En la sentencia de divorcio de fecha uno de marzo de dos mil doce se atribuyó la custodia del hijo común a la Sra. Gema y se fijó la pensión alimenticia a cargo del Sr. Adriano en cuatrocientos cincuenta euros mensuales, razonando que, aun cuando no se hubiera acreditado el rendimiento concreto que generaba el negocio que explotaba el progenitor obligado, un restaurante en Avilés, sí constaba que la cuenta bancaria de la que era titular tenía un saldo mantenido "que cubría el pago de sus distintas obligaciones y que en ocasiones superaba los 3.000 y 5.000 €". Posteriormente la Sra. Gema promovió la modificación de aquellas medidas por la que pretendía la variación del régimen de visitas entre el menor y su padre por haberse trasladado desde Avilés hasta Menorca. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés de dieciocho de noviembre de 2013 se estimó tal pretensión y se desestimó la reconvenición formulada por el Sr. Gema por la que interesaba se le atribuyera la custodia del menor.

Un año después promueve el Sr. Adriano nuevo juicio de modificación de medidas exponiendo que los ingresos del restaurante se habían reducido notablemente, que fue estimada parcialmente en Primera Instancia. La petición del demandante se basa esencialmente en la declaración fiscal del negocio hostelero, a cuyo tenor se habría producido una disminución del rendimiento neto de, aproximadamente, el 35%. La cuenta de pérdidas y ganancias del negocio correspondiente al año 2014 consigna un resultado de 4.760,40 euros. De forma correlativa, los ingresos brutos del negocio habían menguado desde los 143.812,60 euros del año 2012 hasta los 92.230,36 euros del año 2014. No obstante, ha de tomarse en consideración que aquellos datos fiscales se nutren de la información que facilita el propio demandante al asesor fiscal que los confeccionaba. Este hecho ha de ponerse en relación con la constatación por un **detective** privado de que el restaurante desarrollaba su actividad con normalidad, con una numerosa clientela, a la que habitualmente no se entregaba tique, ni factura. Por ello debe ponerse seriamente en cuestión los rendimientos de la actividad antes indicados, pues se declaran unos ingresos brutos de unos trescientos euros diarios y unos beneficios de 397 euros mensuales. Y si los primeros no parecen coherentes con los mínimos que se obtienen en un establecimiento de las características que se descubren en el reportaje del investigador privado, los segundos son absolutamente incompatibles, no ya con la continuidad del negocio, sino con los gastos que viene afrontando el demandante, pues ni tan siquiera alcanzan el importe de la renta que viene satisfaciendo por su vivienda (415 euros, folio 157 de los autos), circunstancia que se prolonga en el tiempo y que no mereció la explicación por quien demandada de cómo había podido subvenir al pago de los gastos propios de la familia. Se evidencia que el resultado fiscal del negocio no puede ser tenido en consideración como parámetro para fijar la cuantía de la pensión alimenticia al momento de su fijación pues aquella (5400 €) suponía ya el 64% del resultado declarado del negocio (8410,39 €), cantidad aceptada por el Sr. Adriano, quien nada alegó en el anterior juicio de modificación de medidas sobre este particular. En el mismo sentido, la cantidad a la que en el presente juicio se aquietan el demandante, que no recurre la sentencia de instancia, supone prácticamente la totalidad de los ingresos que manifiesta obtener, en evidencia de que sus reales ingresos son otros muy superiores. Y la ocultación de los efectivamente percibidos no puede favorecer a quien alega la inexistencia de recursos para atender al pago de la prestación alimenticia. A ello no es óbice el hecho de que el recurrente haya de desplazarse a las Baleares para el ejercicio del derecho de visitas con su hijo, pues al medida ya se había adoptado en un anterior procedimiento, ni tampoco el que se hubieran iniciado dos ejecuciones frente al patrimonio del demandante, pues, al margen de que la más elevada procede de una deuda ganancial, lo cierto es que se trata de un dato complementario respecto del nuclear en orden a decidir el debate: los ingresos del obligado al pago. Y la opacidad respecto de los mismos no permite establecer como probado el hecho constitutivo de la pretensión deducida, esto es, que se hubiera producido una sustancial variación de las circunstancias contempladas en su día en el establecimiento de la prestación alimenticia, lo que conduce a la desestimación de la demanda y la estimación del recurso formulado por la parte demandada.

TERCERO .- La estimación del recurso conlleva que no se efectúe especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398 de la LEC). En cuanto a las de la primera instancia, las dudas inherentes a la valoración de la situación económica de los litigantes aconsejan apartarse del criterio del vencimiento que en materia de costas establece el art el 394 de la Ley de Enjuiciamiento

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

FALLO



Estimar el recurso de apelación interpuesto por doña Gema contra a la sentencia de uno de abril de dos mil quince dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Avilés en sus autos de nº 645/14, la que revocamos y, en su lugar, acordamos desestimar la demanda formulada por don Adriano , todo ello sin hacer imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO