



Roj: **SAP O 2554/2017 - ECLI: ES:APO:2017:2554**

Id Cendoj: **33044370062017100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **06/10/2017**

Nº de Recurso: **300/2017**

Nº de Resolución: **306/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARTA MARIA GUTIERREZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

00306/2017

N10250

C/ CONCEPCION ARENAL. 3 4 PLANTA

Tfno.: 985968754 Fax: 985968757

N.I.G. 33004 41 1 2016 0007966

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000300 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: FAML.GUARD,CUSTDO ALI.HIJ MENOR NO MATRI NO C 0000466 /2016

Recurrente: Palmira

Procurador: MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA

Abogado: CARMEN PANEQUE CUEVAS

Recurrido: Cristobal , MINISTERIO FISCAL

Procurador: ANA BELEN PEREZ MARTINEZ,

Abogado: ARMANDO BENITO CALDERON ALVAREZ,

RECURSO DE APELACION (LECN) 300/17

En OVIEDO, a Seis de Octubre de dos mil diecisiete. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por los Ilmos. Srs. D^a. María Elena Rodríguez Vígil Rubio, Presidente; D. Jaime Rianza García y D^a Marta María Gutiérrez García, Magistrados; ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA N° 306/17

En el Rollo de apelación núm. 300/17 , dimanante de los autos de juicio civil FAMILIA, GUARDA, CUSTODIA, ALIMENTOS HIJO MENOR NO MATRIMONIAL, que con el número 466/16 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia N° 4 de DIRECCION000 , siendo apelante DOÑA **Palmira** , demandada en primera instancia, representada por la Procuradora Sra. M^a. ARÁNZAZU GARMENDIA LORENZANA y asistida por la Letrada Sra. CARMEN PANEQUE CUEVAS; y como parte apelada DON **Cristobal** , demandante en primera instancia, representado por la Procuradora Sra. ANA BELÉN PÉREZ MARTÍNEZ y asistido por el Letrado Sr. ARMANDO BENITO CALDERÓN ÁLVAREZ y el **MINISTERIO FISCAL** en la representación que le es propia; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Marta María Gutiérrez García.**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 dictó sentencia en fecha 26.04.17 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por D. Cristobal , representado por el Procurador D. Gonzalo Rocés Montero, frente a D^a. Palmira , representada por la Procuradora D^a. María Aránzazu Garmendia Lorenzana, con los siguientes pronunciamientos:

1.- La patria potestad y guarda y custodia sobre la hija común será compartida por ambos progenitores.

2.- El uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en la CALLE000 , número NUM000 , NUM001 de de DIRECCION000 , se atribuye a su propietario, D. Cristobal .

3.- El ejercicio de la custodia compartida, en defecto de acuerdo, se ajustará a las siguientes reglas:

- La menor estará bajo la guarda y custodia de D^a. Palmira desde la hora de entrada en el colegio los lunes y hasta la hora entrada en el colegio los viernes y estará bajo la guarda y custodia de de D. Cristobal desde la hora de entrada en el colegio los viernes y hasta la hora de entrada al colegio los lunes.

- Cada progenitor se encargará de llevar a la menor al colegio el día que se produce el cambio de custodia, y así D^a. Palmira la llevará los viernes y D. Cristobal los lunes y a partir de ese momento se producirá el cambio de custodia y será el contrario el que se encargará de recogerla.

- Cuando un lunes o un viernes no haya actividad escolar la entrega de la menor se hará en el domicilio del contrario y así D. Cristobal entregará a la menor en el domicilio de la madre el lunes a la hora de inicio de actividad escolar y D^a. Palmira entregará a la menor en el domicilio del padre el viernes y a la misma hora.

- El anterior régimen se verá alterado en los periodos de vacaciones de Navidad y Semana Santa, que se distribuirán por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo la elección del período a disfrutar, en caso de discrepancia, en los años pares al padre y en los impares a la madre.

- Los meses de julio y agosto se distribuirán en periodos alternos de quince días que disfrutarán cada progenitor, correspondiendo la elección del periodo a disfrutar, en caso de discrepancia, en los años pares al padre y en los impares a la madre.

4.- D. Cristobal abonará en concepto de pensión de alimentos la suma mensual de ciento veinte euros (120 euros) para la menor, que será ingresada en una cuenta titularidad de D^a. Palmira , en los primeros cinco días de cada mes y se actualizará anualmente con arreglo a las variaciones que experimente el IPC.

Cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios de la menor.

Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por la parte **apelante** , en fecha 07.07.17 se dictó Auto cuyos fundamentos y parte dispositiva son del tenor literal siguiente:

" FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicita la Procuradora Sra. García García en nombre y representación de D^{ña}. Palmira , al amparo de lo dispuesto en el art. 460.2,3º, prueba documental consistente en justificante de empleo y reclamación por despido improcedente, y basándose en que se trata de hechos nuevos ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia. Junto a otra documental para acreditar el lugar del domicilio.

En esta última petición de prueba consistente en fotografías de la vivienda familiar no puede admitirse por no tener encaje en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 460 LEC para su admisión en segunda instancia.

El artículo 460 de la L.E.C . limita la práctica de prueba en segunda instancia a: 1º) aquellas que hubieran sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiera intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiera formulado la oportuna protesta en la vista; 2º) las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que la hubiera solicitado, no hubieran podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales; y 3º) a aquellas que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término, siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.



Y las fotografías que se aportan están destinadas a rebatir el informe de **detective** aportado como prueba tempestivamente en los autos y que la recurrente tuvo ocasión de conocer y rebatir en momento procesal oportuno, pues no se trata de circunstancia nueva y novedosa, pues hace referencia precisamente al domicilio que constituía el hogar familiar.

Distinta consideración ha de merecer el resto de las pruebas propuestas dirigidas a acreditar un acontecimiento posterior como es la pérdida del trabajo de Dña. Palmira , que puede encuadrarse dentro de la figura jurídica del hecho nuevo (art. 286 LEC). Pues la única posibilidad a dar entrada en segunda instancia a hechos sobrevenidos con base en el extremo 3º apartado 2 del art. 460 LEC es, en relación a hechos de relevancia ocurridos después de citarse sentencia en la primera. Que es lo acontecido en el presente caso, siendo un hecho de relevancia y decisivo para las cuestiones sometidas a deliberación de la sala.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

- 1.- Recibir el presente recurso a prueba y admitir los documentos que aporta la representación de doña Palmira , con el escrito de interposición, quedando unidos a las actuaciones.
- 2.- Inadmitir los demás documentos (fotografías) acompañados a tal escrito.
- 3.- Dejar las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo."

Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 02.10.17.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia en el presente procedimiento sobre custodia, régimen de visitas y alimentos de hijo menor no matrimonial establece que la patria potestad y guarda y custodia de la hija menor, Candida , nacida el NUM002 de 2012 será compartida por ambos progenitores, D. Cristobal y Dña. Palmira . En defecto de acuerdo se ajustará al régimen de guarda y custodia de la madre desde la entrada en el colegio los lunes hasta la hora de entrada en el colegio lo viernes y estará bajo la custodia del padre desde la entrada del colegio los viernes hasta la hora de entrada al colegio el lunes, las vacaciones de navidad y semana santa se distribuirán por mitad entre ambos progenitores y los meses de julio y agosto se distribuirán en periodos alternos de 15 días. Dicho régimen lo establece la magistrada en atención a la actividad laboral de ambos progenitores, D. Cristobal en horario de 8 de la mañana hasta las 19 horas como mínimo y trabajar Dña. Palmira los fines de semana en un establecimiento de hostelería.

El uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuye a su propietario D. Cristobal , al tener como probado que la menor ya no reside en el domicilio titularidad del padre que había constituido el hogar familiar.

Como contribución a los gastos, cada uno deberá correr con sus gastos durante el periodo de tiempo que esté en su compañía y los gastos extraordinarios al 50%. Atendiendo a la diferencia de ingresos entre ambos progenitores, D. Cristobal deberá abonar en concepto de pensión de alimentos la suma mensual de 120 euros.

Interpuesto recurso de apelación por Dña. Palmira interesa la atribución a su favor de la guarda y custodia de la menor, habida cuenta que la niña siempre ha estado cuidada por su madre y familia materna, y el actor nunca ha tenido tiempo de ocuparse de su hija, no estando tampoco conforme con el régimen de visitas debiendo ser de fines de semana alternos, atendiendo además a la mayor disponibilidad de la madre en la actualidad al encontrarse en desempleo y que la atribución del domicilio familiar sea atribuido a la apelante y su hija, estimando se produjo un error en la valoración de la prueba en la sentencia de instancia en relación al uso de la vivienda familiar y en cuanto a la pensión alimenticia al valorar erróneamente los ingresos del padre que cobra importantes cantidades en B, y que en la actualidad Dña. Palmira ha sido despedida por lo que la contribución del padre a la pensión alimenticia debe fijarse en 450 euros al mes, sufragando los gastos extraordinarios por mitad.

SEGUNDO.- Para la resolución del presente recurso ha de tenerse en cuenta, tal como se dice en la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2014 , entre otras " que en los supuestos en que lo que se discute es la guarda y custodia de los hijos comunes, la motivación o argumento justificando la solución que se adopte, ha de venir referida en todo momento al principio del interés prevalente del menor, dado que es el que ha de presidir todas las medidas que le afecten, según las concretas circunstancias concurrentes. Principio del interés prevalente de los hijos que también ha de presidir la decisión cuando lo que se discute es la procedencia o no de establecer una custodia compartida, como así lo ha venido declarando con absoluta reiteración por el TS".



El propio Tribunal Supremo ha establecido cuales son los criterios o parámetros aplicables a tener en cuenta en orden a interpretar lo que significa ese "interés del menor", y estos vienen recogidos entre otras en la sentencia de 12 de diciembre de 2013 , con cita de su precedente de 29 de abril del mismo año en la que se reitera sienta la siguiente doctrina jurisprudencial, *"la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"*.

TERCERO.- Atendiendo a estos parámetros y a los hechos que resultan de las pruebas de autos, valorados con arreglo a la sana crítica, considera la sala que el régimen de custodia fijado en la recurrida se estima correcto y se corresponde con el que se venía manteniendo hasta la resolución por acuerdo de los progenitores por ser el que mejor se acomodaba a su disponibilidad horaria por el trabajo que ambos realizaban, D. Cristobal de 8 a 19 horas y Dña. Palmira los fines de semana en un establecimiento de hostelería.

Se argumenta en el recurso que el padre nunca ha tenido tiempo de ocuparse de su hija porque trabaja intensamente a diario y que es ella quien siempre se ocupó de la niña, de manera especial ahora en que ha dejado su trabajo y tiene toda disponibilidad para ocuparse de su hija.

Es cierto que actualmente no trabaja por decisión propia al solicitar la baja en la empresa para la que trabajaba al proponerle la ampliación de horarios a lunes, miércoles y jueves, además de los fines de semana que ya trabajaba, pero estimando que intente reanudar su actividad laboral, y dado en el sector profesional en el que se mueve de hostelería donde la mayor disponibilidad de trabajo se concentra en fines de semana, y contando ambos progenitores con la ayuda que le presta su familia, la madre acude con regularidad a casa de su hermana como ella misma manifestó, el sistema de custodia fijado atribuyendo a la madre los días de semana y al padre todos los fines de semana, lo estima el tribunal adecuado y posibilita un tiempo de estancia de la menor con ambos progenitores adaptado en la medida de lo posible a su disponibilidad horaria para que ambos puedan mantener esa relación amplia y fluida con su hija y a la vez ejercer la funciones parentales en debida forma.

CUARTO.- El artículo 96 del Código civil que prevé que, habiendo hijos menores de edad, el uso de la vivienda y ajuar familiar se atribuya a éstos y al cónyuge en cuya compañía queden.

La STS de 17 de junio de 2.013 , recuerda que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ". Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias posteriores, como la 236/2011, de 14 abril , 257/2012, de 26 abril y 499/2012 de 13 de julio .

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez.

Lo que pretende, por tanto, el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor.

Así lo recoge la STS de 3 de diciembre de 2013 , recogiendo la doctrina que en tal sentido tiene ya sentada el Alto tribunal, así las SSTS de 5 de noviembre de 2012 y 29 de marzo de 2011 dicen: " *Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la*

que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC .

De esta doctrina se extrae que cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio " .

En el presente caso, resulta acreditado que la hija y la madre no habitan en la vivienda que fue familiar, sino que residen en el domicilio de la nueva pareja de la madre, como así aparece acreditado por el informe de **detective** aportado a los autos en donde se expone que Dña. Palmira pernocta diariamente acompañada de su hija Candida en el domicilio de la CALLE001 nº NUM003 , piso NUM003 NUM004 de DIRECCION000 , que no constituía el domicilio familiar que estaba sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 de DIRECCION000 . Observaciones realizadas a lo largo de varios días tanto en semana como el domingo cuando regresa con su hija, y en semanas distintas. Sin que por la parte apelante haya acreditado el uso con la niña del domicilio familiar, ni con consumos mínimos, exponiendo que no está nunca en la vivienda pues está mucho en casa de una hermana por motivos de ahorro y economizar gastos, representativo que no existen apenas consumos en esa vivienda y no pasa tiempo en ella.

Vivienda en la que se encuentra en la actualidad la niña junto a su madre y pareja que ha de entenderse es apta y reúne las debidas condiciones para satisfacer las necesidades de alojamiento de la menor.

Por lo que la atribución que en la sentencia se realiza del uso del domicilio a D. Cristobal en cuanto propietario es ajustado a derecho.

QUINTO.- Con relación a la cuantía de la pensión de alimentos, ha de significarse que, teniendo los padres el primario deber de atender las necesidades de los hijos como dispone el art. 39 de la Constitución , lo que tiene su reflejo en el Código Civil al imponerles la obligación de alimentos, su reconocimiento y cuantificación, se fundamenta en el principio de la necesidad, debiendo atenderse tanto a las efectivas y vitales exigencias de los mismos como a los medios económicos de que dispone el obligado, sin olvidar, asimismo los recursos del guardador (arts. 93 , 145 y 146 del código civil), de modo que la determinación de este derecho debe venir configurada conforme a los principios de necesidad de los hijos, privación y renuncia de los padres y ponderación equilibrada de las circunstancias concurrentes en todos ellos. Cuando la obligación de alimentos recae sobre dos o más personas, en este caso indiscutidamente sobre ambos progenitores, la misma tiene una naturaleza no solidaria sino mancomunada y en proporción a los caudales respectivos de cada uno de los obligados, como lo establece el art. 145 del mismo Código Civil y la reiterada jurisprudencia dictada en aplicación del mismo, de la que es claro ejemplo la doctrina contenida en la STS de 28 de noviembre de 2003 , con cita de precedentes.

Como queda expuesto la obligación de prestar alimentos corresponde a ambos progenitores, de la prueba aportada a autos consta que Dña. Palmira se dio de baja voluntaria en la empresa en la que trabajaba al ampliarle el horario laboral siendo la razón la necesidad de cuidar de la menor, decisión adoptada por ella misma, cuando reconoció en la vista que cuenta con la ayuda de su familia.

Pese a ello, y dado que en la actualidad la madre no trabaja y el padre dispone de la vivienda que fue familiar, estima el tribunal oportuno aumentar la cuantía de la pensión de alimentos impuesta al padre, a la cuantía de 250 euros mensuales. Tratándose de una menor que no tiene gastos especiales y que acude a un colegio concertado que según manifestó el Sr. Cristobal él se ocupa de pagar. Sin que resulte acreditado los sobresueldos en metálico que dice Dña. Palmira percibe el Sr. Cristobal , sin que pueda tomarse como tal la nota con anotaciones manuscritas aportado por ella en relación a las horas extras, cuando constan las nóminas del Sr. Cristobal de la empresa Excade en las que ya figuran incluidos los kilómetros y dietas.

SEXTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

FALLAMOS

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Garmendia Lorenzana en nombre y representación de DÑA. Palmira contra la sentencia dictada el 26 de abril de 2017 por el Juzgado de Primera instancia Nº 4 de DIRECCION000 en los autos de familia, guarda y custodia y alimentos hijo menor



no matrimonial nº 466/2016, y en consecuencia, manteniéndola en el resto de pronunciamientos, revocar la citada resolución en el único sentido de que D. Cristobal abonará en concepto de pensión de alimentos la suma mensual de 250 euros para la menor.

Sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia, cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ