

Id Cendoj: 11012370052009100115
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cádiz
Sección: 5
Nº de Recurso: 77/2009
Nº de Resolución: 198/2009
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO
Tipo de Resolución: Sentencia

2

--

SENTENCIA N º 198/2009

Ilmos. Sres.

Presidente

DON CARLOS ERCILLA LABARTA

Magistrados

DON ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO

DON RAMON ROMERO NAVARRO

Juzgado de Instrucción n º 2 de los de Jerez de la Frontera

Juicio Verbal sobre Guarda y Custodia de Menores n º 70/2.007

Rollo Apelación Civil n º 77/2.009

Año 2.009

En la ciudad de Cádiz, a día 24 de Abril de 2.009.

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Iltra. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio Verbal sobre Guarda y Custodia de Menores, en el que figuran como parte apelante y apelada, respectivamente DOÑA Raquel , representada por el Procurador Doña María del Carmen Marquina Romero y defendida por el Letrado Don Manuel Jesús Vázquez Abreu, y DON Higinio , representado por el Procurador Doña Isabel Gomes Coronil y defendido por el Letrado Don Juan Luis Vega Pérez, habiendo intervenido como apelado el Ministerio Fiscal y actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON ANGEL LUIS SANABRIA PAREJO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción n º 2 de los de Cádiz, en el Juicio Verbal sobre Guarda y Custodia de Menores de referencia al margen, se dictó sentencia de fecha 9 de Mayo de 2.008 cuyo fallo literalmente transcrito dice: "Estimando parcialmente la demanda, se acuerda que la hija común menor de edad de doña Raquel y don Higinio , María Luisa , continúe bajo la patria potestad compartida de ambos progenitores, atribuyéndose su guarda y custodia a la madre, pudiendo el padre estar en su compañía todos los miércoles desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas, ampliándose hasta las 22:00 horas desde el 1 de junio hasta el 30 de septiembre; los fines de semana alternos, desde las 18:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, ampliándose hasta las 22:00 horas desde el 1 de junio hasta el 30 de

septiembre; la mitad de las vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y Feria, escogiendo en caso de desacuerdo la madre los años impares y el padre los años pares; uno estos dos bloques de días festivos ,alternativamente cada año: 28 de febrero, 1 de mayo, 24 de septiembre y 9 de octubre; o 12 de octubre; 1 de noviembre, 6 de diciembre y 8 de diciembre; y en los cumpleaños y onomásticas del padre, abuela, tíos y primos paternos, desde las 17:00 horas hasta las 20:30 horas, ampliándose hasta las 22:00 horas desde el 1 de junio hasta el 30 de septiembre, siempre que el padre avise para ello con al menos 24 horas de antelación.

Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a doña Raquel , que abonará los suministros ordinarios de dicha vivienda y las cuotas ordinarias de Comunidad; abonando don Higinio el resto de las cargas de la vivienda.

Se acuerda que don Higinio , en concepto de alimentos a favor de la menor, abone la cuantía de 250 euros mensuales, que deberá ingresar en la cuenta bancaria que indique doña Raquel , entre los día 1 y 5 de cada mes, cuantía que se incrementará anualmente según el IPC; y ambos progenitores abonarán por mitad los gastos extraordinarios de la menor.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra la antedicha sentencia por las representaciones de DOÑA Raquel y DON Higinio se interpusieron, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación que fueron admitidos a trámite en ambos efectos por el Juez "a quo", quien dio traslado a las demás partes por un plazo de diez días a fin de que pudieran presentar los correspondientes escritos de oposición o impugnación, y una vez presentados dichos escritos se remitieron los autos originales a esta Audiencia Provincial de Cádiz.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y repartidas a esta Sección Quinta, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado y admitido la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló la correspondiente vista para el día 23 de Abril de 2.009, celebrándose la misma con la asistencia de los Letrados de las partes y el Ministerio Fiscal, quienes, tras la práctica de la prueba admitida, informaron a la Sala lo que tuvieron por conveniente para sostener sus respectivas pretensiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar a conocer del contenido sustantivo del recurso de DON Higinio apelación, debe tenerse en cuenta que por dicho litigante se opone frente al contrario la pretensión de inadmisibilidad de su recurso, fundada en la infracción del *artículo 457.2 de la ley de Enjuiciamiento Civil* , y, a este efecto, es bueno ya desde ahora traer a colación que el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el *artículo 24* de la Constitución Española, comprende el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, que podrá ser de inadmisión cuando concurra alguna causa legal para ello y así lo acuerde el juez o tribunal en aplicación razonada de la misma; doctrina contenida en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que declaran, que queda igualmente garantizado el derecho fundamental reconocido en el *artículo 24* , mediante una resolución que aunque inadmita el recurso, tenga su fundamentación en una aplicación e interpretación fundada de la norma a cuyo cumplimiento se condiciona el ejercicio mismo del derecho al recurso. Por lo tanto, el derecho a la formulación y admisión ante nuevas instancias jurisdiccionales de las pretensiones desestimadas por el juzgador de instancia, no impide la presencia de alguna causa impeditiva de naturaleza procesal, que prevista en la ley, evite la admisión del recurso por no concurrir los requisitos esenciales establecidos, y así, cuando de requisitos formales se trata, deberá hacerse una interpretación restrictiva, tal como se recoge en las sentencias del Tribunal Constitucional 65/1983, 57/1984 y 69/1984 , debiendo llevarse a cabo una necesaria ponderación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los presupuestos procesales y su trascendencia práctica, de tal manera que se permita la subsanación siempre que así pueda lograrse la finalidad a la que tiende el requisito incumplido, sin que haya detrimento de otros derechos o bienes igualmente tutelables, así como debe atenderse a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado y siempre que tal defecto no tenga origen en una actividad negligente del perjudicado. El acceso de los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción si bien, con la finalidad de lograr la máxima efectividad del derecho a la tutela judicial, los jueces y tribunales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el *artículo 24.1* de la Constitución Española; todo ello sin perjuicio de que tampoco resulte admisible que el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos, en garantía de los derechos de todas las

partes y, en tal sentido, el *artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento* civil dispone que en el escrito de preparación (del recurso de apelación) el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir "con expresión de los pronunciamientos que impugna".

En el plano de la legalidad ordinaria, no basta con anunciar el propósito de recurrir o con la expresión del gravamen genérico que la resolución produce, en su criterio, al recurrente sino que es preciso concretar cuáles sean los pronunciamientos objeto del recurso, sin que sea menester, en cambio exponer las razones que lo motivan ni las alegaciones en que se pretende fundar, contenido este que se difiere al escrito de interposición. Consecuencia de la omisión de esa designación es la inadmisibilidad del recurso, conforme al *artículo 457-4 de la propia Ley*, lo que guarda además plena concordancia, sin solución de continuidad, con la fase siguiente del recurso, consistente en su interposición y formalización, realizándose dicha apelación por medio de "escrito en el que se expondrán las alegaciones en que se basa la impugnación", según recoge literalmente el inciso segundo del *número 1º del artículo 458*, de donde cabe colegir, que aquellos pronunciamientos no impugnados "ab initio", no pueden ser objeto de alegación en el escrito formalizándolo, como vienen ya sosteniendo de forma reiterada y pacífica las distintas Audiencias Provinciales, que incluso confiere firmeza al resto de pronunciamientos no impugnados.

Así pues, la representación de DOÑA Raquel presentó un escrito de preparación del recurso de apelación (folio 158) en que se concretaba la impugnación al pronunciamiento del fallo de la sentencia relativo a la extinción de la pensión compensatoria, y posteriormente presentó otro escrito en el que advertía del error cometido y manifestaba que lo que quería impugnar eran los pronunciamientos relativos al régimen de visitas y la cuantía de la **pensión alimenticia**, dictándose por el Juez "a quo" providencia de fecha 13 de Junio de 2.008 en la que se tenía por rectificado el escrito del preparación del recurso de apelación, presentándose por la representación de DON Higinio recuso de reposición que fue desestimado por auto de fecha 26 de Septiembre de 2.008 .

Expuesto lo anterior, resulta evidente el error cometido por la parte a la hora de concretar el pronunciamiento cuestionado en el recurso ya que si bien se refiere a la extinción de una pensión compensatoria resulta evidente que en la sentencia apelada no existe pronunciamiento alguno relativo a pensión compensatoria ya que ni en la demanda inicial de las actuaciones fue solicitada ni, como es lógico, la sentencia resuelve nada sobre dicha cuestión, advirtiéndose tal error por la parte y siendo subsanado por el Juez "a quo" en la providencia referida. Así pues la cuestión se centra en la posible infracción de la tutela judicial efectiva en su dimensión del derecho al recurso en resoluciones civiles estimando la Sala que no se vulnera la misma, con una remisión a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de Diciembre de 2.007 , en la que se mantiene un criterio jurisprudencial constante y reiterado que se aplica en todas las Sentencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional que se citan en la misma, cuya transcripción omitimos porque no conduciría a otra cosa que no fuese alargue, de manera innecesaria, la presente sentencia.

El motivo sustantivo del recurso de don Higinio se concreta en la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal por acreditarse que la contraparte y su hija no habitan en la misma, la cual permanece desocupada. Efectivamente, de la prueba admitida y practicada en esta segunda instancia, consistente en una abundante documental y testifical que la revalida, se infiere que, con posterioridad al dictado de la sentencia apelada en cuyo fallo se atribuye a DOÑA Raquel el uso de la vivienda familiar, la misma y su hija no habitan dicha vivienda de la Calle DIRECCION000 de Jerez de la Frontera sino que residen en la casa de los padres de la misma sita en la calle Teide de dicha ciudad; dicho hecho probado, se acredita no solo por el informe de la agencia de **detectives privados** que consta a los folios 218 y siguientes de las actuaciones y que fue ratificado testificalmente, sino por la documental que consta en las actuaciones relativa a los bajos consumos de los suministros de dicha vivienda, el cambio de colegio de la hija menor común a un centro escolar más cercano a la vivienda en que actualmente residen, asimismo consta citación para asistencia pediátrica en un Centro de Salud más cercano a la nueva residencia, y, muy especialmente, que dicha circunstancia no ha sido negada ni cuestionada de manera alguna por la apelada, sino que el Letrado de la misma en la vista oral del recurso lo que hizo fue intentar justificarla.

Por todo ello, si bien la sentencia apelada acordaba a favor de DOÑA Raquel la atribución del uso de la vivienda familiar en base a la custodia de la hija, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y en aras a la nueva situación fáctica hemos de estimar el motivo del recurso y atribuir dicho uso a favor del progenitor no custodio, propietario privativo (al parecer) de la misma, al haberse acreditado no sólo su desocupación, lo que, conforme a reiterada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, constituye causa suficiente para modificar el derecho de uso conferido en anterior pleito matrimonial, sino también que la apelada no tenía intención alguna de vivir en la misma, de modo que, al menos en ese momento, tal vivienda no cumplía con la finalidad de proporcionar habitación tanto a la menor como a su madre, finalidad que debe justificar tanto su inicial atribución como su subsistencia.

SEGUNDO.- Basa la apelante DOÑA Raquel su recurso, conforme alegó su dirección jurídica tanto en la vista oral del mismo como en el escrito de interposición que consta unido a las actuaciones, en una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez "a quo" en torno a la cuantía de la **pensión alimenticia** y el régimen de vistas fijado, lo que debe conectarse con la infracción del *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo" en la sentencia apelada.

Para la resolución del primero de los temas cuestionados deviene fundamental la reiterada doctrina jurisprudencial que considera que la determinación de la cuantía de la pensión o contribución alimenticia a favor de los hijos es facultad del Juzgador de estando informada toda la normativa legal, reguladora de las medidas relativas a los hijos, por el criterio fundamental del "favor filii. Por ello, a efectos de la fijación de la contribución lo que se debe tener en cuenta no es exclusiva y rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia de la menor en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tal.

No obstante lo anterior, tampoco podemos olvidar que, conforme disponen los *artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil*, la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe; normativa, que, según, la jurisprudencia emanada del nuestro Tribunal Supremo, no suscita ningún problema teórico de interpretación y alcance, sino que implica, solamente una cuestión de hecho, consistente en determinar de una manera efectiva y real, esa proporcionalidad con los medios de uno y las necesidades de los otros para la fijación y para el aumento o disminución de la **pensión alimenticia**; añadiéndose en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1.981 que: "La cuantía de la deuda alimenticia será fijada según el prudente arbitrio del órgano de instancia, cuyo criterio sólo puede evitarse cuando se demuestre que se desconocieron notoriamente las bases de proporcionalidad indicadas en el citado *artículo 146 del Código Civil*". Y en el supuesto de autos existe una abundante documental en torno a cuales son los ingresos del apelado consistentes en nóminas (folios 19 y 132 y siguientes), declaraciones del IRPF de los años 2.004 a 2.006 (folios 87 y siguientes), certificaciones salariales de la empresa en que trabajaba (folio 78), así como también existe una abundante documental acerca de los gastos del mismo, mas todo ello ha de obviarse al acreditarse en esta segunda instancia que se encuentra en situación de desempleo habiéndose dado de alta como demandante de empleo con fecha 6 de Abril de 2.0099, por todo lo cual, y conscientes de que las necesidades de la menor son las propias de una niña de su edad, procede la desestimación del motivo del recurso.

Solicita la progenitora apelante la reducción del régimen de visitas del apelado con respecto a la hoja menor común, interesando que, dada la complejidad y extremado casuismos, sea establecido un sistema paulatino y progresivo, pedimento este último que exige recordar que, como ha señalado esta Audiencia Provincial de Cádiz, entre otras en las Sentencias de fechas 26 de Octubre y 8 de Septiembre de 2.005, 3 de Mayo de 2.004, 31 de Diciembre, 28 de Abril, 19 de Marzo y 22 de Enero de 2.003, a la hora de adoptar medidas como la que nos ocupa, no puede atenderse con carácter primordial a los deseos o comodidades de los padres, sino al beneficio y estabilidad emocional de los menores, en aplicación del principio de "favor filii", que exige adoptar todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de estos, incluso aún cuando no hubieran sido expresamente pedidas por las partes, conforme declaran, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 27 de Enero de 1.998, 2 de Mayo de 1.983 y 17 de Septiembre de 1.996, que declaran que el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos de manera que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias, según se desprende de la *L.O. 1/1.996 que recoge el espíritu de las convenciones internacionales que vinculan a España (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990)*, interés del menor que debe prevalecer sobre un ejercicio "a fortiori" de la patria

potestad, señalando las mismas que, en interpretación de los *artículos 92 y 94 del Código Civil*, tales preceptos vienen a establecer unas facultades discrecionales del Juez para decretar las medidas que estime más oportunas en beneficio del menor, facultad únicamente limitada por aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave, para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional de aquel.

Pues bien, examinando el caso enjuiciado a la luz de la doctrina expuesta, se ha de concluir que no se observa el extremado casuismo que advierte la apelante sino un régimen de visitas normalizado en una tarde a la semana, fines de semanas alternos, periodos vacacionales y la contemplación de los festivos y días de acontecimientos familiares, ni se han objetivado conductas por parte del padre hacia la menor que puedan perjudicarla y que aconsejen reducir las visitas establecidas, las cuales propiciarán una mayor comunicación de la pequeña con el progenitor no custodio, lo que redundará finalmente en una normalización del trato de aquella con su padre, con un fortalecimiento deseable de las relaciones paterno-filiales, por lo que en base al criterio anteriormente expuesto no procede limitar el régimen de vistas.

TERCERO.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Raquel y estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Higinio y revocada parcialmente la sentencia apelada en el único y exclusivo sentido de atribuir al apelante DON Higinio el uso de la vivienda familiar sita en la calle DIRECCION000 Bloque NUM000, NUM001 de la ciudad de Jerez de la Frontera, a pesar del principio objetivo del vencimiento regulado en el *artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y dada la especial naturaleza del procedimiento, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

VISTOS los *artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimando, como desestimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Raquel y estimando parcialmente, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Higinio contra la sentencia de fecha 9 de Mayo de 2.008 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción n.º 2 de los de Jerez de la Frontera en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar parcialmente, y revocamos, el fallo de la misma en el único y exclusivo sentido de atribuir al apelante DON Higinio el uso de la vivienda familiar sita en la calle DIRECCION000 Bloque NUM000, NUM001 de la ciudad de Jerez de la Frontera, permaneciendo idénticos e invariables los demás pronunciamientos del fallo, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal conforme a los *artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y *248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.