



Roj: **SAP P 211/2019 - ECLI: ES:APP:2019:211**

Id Cendoj: **34120370012019100211**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2019**

Nº de Recurso: **203/2019**

Nº de Resolución: **165/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MAURICIO BUGIDOS SAN JOSE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PALENCIA

SENTENCIA: 00165/2019

Modelo: N10250

PLAZA DE LOS JUZGADOS 1 -PALACIO DE JUSTICIA- 1ª PLANTA

Teléfono: 979.167.701 **Fax:** 979.746.456

Correo electrónico: audiencia.s1.palencia@justicia.es

Equipo/usuario: CIV

N.I.G. 34120 41 1 2017 0000235

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000203 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 7 de PALENCIA

Procedimiento de origen: DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000040 /2017

Recurrente: Carlos Manuel , Carlos Manuel

Procurador: JUAN LUIS ANDRES GARCIA, JUAN LUIS ANDRES GARCIA

Abogado: RAMÓN GUSANO SAENZ DE MIERA,

Recurrido: Virtudes , Virtudes

Procurador: MARTA DELCURA ANTON,

Abogado: PABLO MENENDEZ SANTIRSO SÁNCHEZ,

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N° 165/19

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Ignacio Rafols Pérez

Ilmos. Señores Magistrados:

Don Mauricio Bugidos San José



Don Ignacio Segoviano Astaburuaga

En la ciudad de Palencia, a 27 de Mayo de 2019.

Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio, sobre **DIVORCIO**, provenientes del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 22/11/2018, entre partes, de una, como apelante **DON Carlos Manuel**, representado por el Procurador Don Juan Luis Andrés García y defendido por el letrado Don Ramón Gusano y de otra, como apelados **DOÑA Virtudes**, representada por la Procuradora Doña Marta Delcura Antón y defendida por la Letrado Don Pablo Méndez Santirso, y el **MINISTERIO FISCAL**, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Que el Fallo de dicha sentencia, textualmente copiado dice:

"**ACUERDO:**

1º. La disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña Virtudes y D. Carlos Manuel, con todos los efectos legales inherentes a tal disolución.

2º. La guarda y custodia de los hijos comunes, Abilio, y Amanda se atribuye de forma compartida a ambos progenitores, quedando compartida también la patria potestad. Los menores Abilio y Amanda permanezcan de forma alterna, por periodos de dos semanas consecutivas, bajo el cuidado de cada uno de sus progenitores, pudiendo acordar las partes el lugar y hora de entrega de los menores para el cambio de custodia, estableciéndose para el caso de desacuerdo que los cambios se efectúen los domingos correspondientes a las 20:00 horas.

Se establece una visita entre semana para el progenitor no custodio, que a falta de acuerdo serán los miércoles desde la salida del Instituto hasta las 21:00 horas.

Se repartirán por mitad los periodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre el periodo a disfrutar los años pares, y a madre los años impares.

Se acuerda que el día del cumpleaños de cada hijo, y en los respectivos cumpleaños de los progenitores, el progenitor al que no le corresponda estar con ellos, estará en compañía de los mismos desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.

El progenitor al que no le corresponda estar en compañía de los hijos, podrá comunicarse por vía telefónica o cualquier otro medio, a diario, respetando siempre el horario lectivo y el de descanso.

4º. Se atribuye a Dña Virtudes el uso y disfrute del domicilio conyugal y el ajuar doméstico existente en el mismo, pudiendo D. Carlos Manuel, retirar previo inventario los bienes de uso particular o necesarios para sus actividades profesionales.

Se acuerda que los gastos derivados de los suministros ordinarios de la vivienda serán atendidos por Dña Virtudes. Las cuotas del préstamo hipotecario que grava el inmueble, los recibos de I.B.I. y las cuotas de gastos comunitarios serán satisfechas por mitad por ambas partes.

5º. Ambos progenitores contribuirán al sustento de los hijos comunes, abonando los gastos ordinarios durante los periodos que pasen en su compañía. Además, Dña. Virtudes deberá abonar en concepto de alimentos para los hijos la cantidad mensual de ciento cuarenta euros para cada uno de ellos (total 280.-€al mes) dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que se designe, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el que legalmente le sustituya.

Cada progenitor deberá además abonar la mitad de los gastos extraordinarios de los hijos comunes.

6º. Se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales habida entre las partes.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes".

2º.- Contra dicha sentencia interpuso DON Carlos Manuel recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previos los pertinentes traslados



partes para que se presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante esta Audiencia, y al no haber sido propuesta prueba, es procedente dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia número siete de Palencia dictó sentencia de divorcio de los que son parte en el procedimiento, cuyo fallo hemos transcrito literalmente en los antecedentes de hecho de la presente resolución; y contra la misma se alza la representación de don Carlos Manuel . Entiende la existencia de error en la valoración probatoria en lo que se refiere a las cantidades mensuales que tanto él como doña Virtudes perciben mensualmente, y derivado de ello en la situación económica de cada uno. Pretende así la estimación de la demanda en este punto, y que consideremos que los ingresos de don Carlos Manuel son inferiores a los que se dicen en sentencia, y que tal conclusión repercuta tanto en la atribución del uso de la que fue vivienda familiar hasta el momento del divorcio, como en el de la cuantificación del pago de pensión alimenticia en favor de los dos hijos habidos en el matrimonio, si bien esta última petición la fórmula de forma subsidiaria y para el caso de que no se acepten las dos peticiones primeramente expuestas. Pide también que los gastos comunitarios de la vivienda familiar, para el supuesto de que la misma siga siendo atribuida a doña Virtudes , los satisfaga íntegramente la misma.

Conferido traslado del recurso en cuestión a la contraparte, se opuso solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

Estudiaremos los motivos de recurso que en realidad la parte apelante los engloba en uno solo, y en que distingue argumentos referidos a la existencia de error en la valoración probatoria en cuanto a la situación económica de las partes, determinación de a quién debe de corresponder el uso de la vivienda familiar, y subsidiariamente la determinación de la pensión alimenticia.

SEGUNDO.- Preciso resulta hacer consideración en relación a los criterios a tener en cuenta para la valoración de la prueba en primera instancia en general y específicamente en relación con la prueba documental, y la posibilidad en esta alzada de modificar dicha valoración. Estos son:

a) El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la carga de la prueba de los hechos que se aleguen es de la parte que lo hace, de forma tal que la actora, en principio, está obligada a la de todos aquellos que serán fundamento de su pretensión, y la demandada a la de los que contradigan o contrarresten los anteriores. No obstante, el Juez o Tribunal, una vez practicada prueba legalmente solicitada, pueden valorarla en su integridad, sin que queden vinculados por la norma expuesta, es decir sin que necesariamente tengan que tener en cuenta quién fue la parte que propuso la prueba en que asienta la estimación de la pretensión, o bien su desestimación; y ello porque a partir de dicha situación tiene plena libertad de valoración. Dicha regla si debe de aplicarse cuando los hechos fundadores de la pretensión, o aquellos que pretenden combatirla, no han sido probados, situación en la cual la parte que tenía la carga de ello, debe de arrostrar con las consecuencias.

b) El sistema de valoración de prueba en el derecho español, no es el de prueba tasada excepto en lo que se refiere a los documentos públicos que hacen fe de todo aquello que el fedatario hace constar como de conocimiento directo; sino que esencialmente es el de libre valoración de la prueba, lo que supone que el interrogatorio de partes, prueba testifical y prueba pericial, ha de ser ponderado por el juzgador con arreglo a los principios de la lógica y de la sana crítica, y con prudente arbitrio.

c) En cuanto a la prueba documental pública, la ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 319 dice que la misma hará prueba del hecho que se consigne, de la fecha y del fedatario y personas que intervengan en su otorgamiento

d) Al respecto de la prueba documental privada, el artículo 326 de la ley de Enjuiciamiento Civil , establece que "1. los documentos privados harán prueba plena en el proceso, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen... y que... 2. cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto". La doctrina jurisprudencial al respecto, dice, entre otras en sentencia de 21 de febrero de 2008 que "en cuanto al documento privado cuya autenticidad se impugnase, ha sido una doctrina jurisprudencial consolidada que la falta de reconocimiento de un documento privado no le priva íntegramente de valor probatorio, pudiendo ser tomado en consideración ponderando el grado de credibilidad que puede merecer en las circunstancias del debate, o complementado con otros elementos de prueba, pues la posición contraria supondría tanto como dejar al arbitrio de una parte la eficacia probatoria del documento, la cual se



recoge ahora en el apartado segundo del precepto, pues la falta de prueba de autenticidad del documento privado impugnado o incluso la ausencia de actividad probatoria para acreditar su autenticidad, no implica su carencia de valor probatorio, que el tribunal debe valorar, según la norma, conforme a las reglas de la sana crítica".

e) En el caso de valoración de prueba documental, tanto pública como privada, en lo que se refiere a lo que es de libre valoración judicial, en el caso de documento público es a todo aquello que no se comprenden los conceptos determinados en el artículo 319 de la ley de Enjuiciamiento Civil ; ha de tenerse en cuenta para su consideración en segunda instancia el mismo criterio expuesto. En consecuencia sólo en supuestos de error procede la modificación de la valoración, por más que si debe significarse que la consideración de tal error debe hacerse teniendo en cuenta que la posición del tribunal de alzada en la ponderación de dicha prueba, es la misma que la del juzgador de instancia, en cuanto a que tiene la plenitud para la valoración de la prueba, ya que puede ponderar y considerar la totalidad de la practicada.

f) Lo dicho en el anterior apartado no obsta a que únicamente este Tribunal de alzada puede modificar la valoración probatoria que conste en la sentencia de instancia, cuando esta sea manifiestamente errónea o contraria a los principios de la lógica o de la sana crítica. Ello es así por dos razones, la primera porque es el Juzgador de Instancia quien presencia de forma directa la prueba que se practica en juicio -que salvo la prueba documental no puede ser reproducida en esta alzada, salvo por visión videográfica- y por ello el que puede percibirse de la forma de declarar las partes, peritos y testigos, y en consecuencia quien reúne el conocimiento de todos aquellos aspectos y detalles, que sin embargo se escapan al Órgano Judicial de segunda instancia; y la segunda porque asentándose la valoración probatoria en principios de lógica, siendo éstos universales y por tanto afectantes a todos los Órganos Judiciales, el más elemental respeto exige mantener el criterio de la instancia, excepto en los supuestos en que tales principios se hayan quebrantado; es decir la mera discrepancia de valoración no puede justificar la modificación valorativa del Juzgador "a quo".

Así las cosas la ponderación que se nos ofrece es la de si existe error en la valoración probatoria, en qué extensión, y cuáles podrían ser sus consecuencias, cuestiones que consideraremos en el siguiente fundamento jurídico.

TERCERO.- Ya, expuestos los anteriores criterios para entender la existencia de error en la valoración probatoria, exponemos que lo que la parte apelante dice es que el juzgador de instancia no ha valorado correctamente la prueba practicada a la hora de determinar los ingresos de don Carlos Manuel . Así afirma que los mismos son de aproximadamente 1137 € mensuales, y lo explica porque, a pesar de su profesión de arquitecto, que ejerce en la actualidad, se ha visto afectado por la existencia de una dura crisis económica, de general conocimiento, desde principios de la presente década, y que sin embargo doña Virtudes percibe un salario tres veces superior a lo que mensualmente recibe don Carlos Manuel

El juzgador de instancia en su sentencia refiere la dificultad de determinar los ingresos de don Carlos Manuel , dada precisamente su condición de profesional liberal, pero llega a la conclusión de que los ingresos en cuestión son superiores a los que él dice, y lo afirma con fundamento esencial en el hecho de que se ha acreditado por la prueba practicada en las actuaciones, que don Carlos Manuel , además de las cantidades que dice el mismo que obtiene cada mes de su estudio de arquitectura, del que es socio con otro compañero, también se ha acreditado que ha percibido cantidades diferenciadas de las anteriores de proyectos arquitectónicos realizados para terceros.

Ciertamente las cantidades que percibe con periodicidad mensual don Carlos Manuel el estudio de arquitectos, son las que él dice, pero resulta difícil asumir que exclusivamente sean únicamente las mismas, pues no parece que, en principio, perciba un arquitecto de profesión, de forma periódica y reiterada pero sin mayores ingresos. Pero es que a mayor abundamiento de lo anterior, lo que también resulta es que se ha probado que percibe cantidades a mayores de los proyectos que realiza a terceros, proyectos y cantidades no bien diferenciados en su número. La pregunta que surge es la de si podemos nosotros cuantificar los ingresos de forma concreta y taxativa, o únicamente concluir, como ya hemos hecho, en que don Carlos Manuel no sólo recibe las cantidades de la sociedad de la que forma parte y que regenta el estudio de arquitectura; y en consecuencia de ello no podemos estimar el recurso. Asumimos el criterio del juzgador de instancia relativo a la dificultad existente para cuantificar las percepciones de don Carlos Manuel , y siendo así la única valoración a realizar es la que resulta de prueba indiciaria, que es lo que se ha hecho en la instancia, y consideramos entonces que no podemos acoger el motivo del recurso. A mayores, al parecer, y aunque sean escasos, también percibe ingresos por sus trabajos de pintura y así también consta documentado una cuenta corriente con un saldo por cantidad importante, que se entiende ganancial, pero que no se ha demostrado que provenga sólo de ingresos de doña Virtudes , es más su defensa afirma que dicha cantidad procede en su totalidad de los ingresos de don Carlos Manuel , con las consecuencias que puede comportar; siendo todo ello que junto



con lo que ya hemos expuesto, determina que en absoluto es desestimada la conclusión realizada en la sentencia de instancia, lo que justifica la desestimación del motivo de recurso

CUARTO.- Lógicamente lo que hemos expuesto va a determinar necesariamente la resolución de los motivos de recurso referidos a la atribución del uso de la vivienda familiar y al pago de pensión alimenticia, aunque este motivo lo consideraremos una vez que hemos desestimado los anteriores, ya que se interpuso de forma subsidiaria.

Es criterio de la jurisprudencia mayor y menor, el de que la adjudicación de vivienda en supuestos de separación o divorcio, ha de hacerse, a tenor de lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, en favor del interés familiar más necesitado de protección, estableciendo dicha jurisprudencia a efectos de concluir en cual es dicho interés, que ha de valorarse la situación laboral y económica de los progenitores y de los hijos; la disponibilidad de cada progenitor de otra vivienda, de dimensiones y acondicionada de forma digna; las facilidades de uno y otro progenitor para acercar a la prole al centro escolar y actividades extraescolares, el tiempo que estarán los hijos con cada progenitor y el que realmente dedicaba cada uno de ellos al cuidado y atención personal de los mismos hasta el momento de la separación o divorcio.

Pretende la parte recurrente que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, y lo hace esencialmente aludiendo a los que él entiende muy inferiores ingresos en relación a los que recibe la que ha sido su esposa, funcionaria de la Junta de Castilla y León. Una vez que hemos concluido en la forma que hemos hecho en cuanto a las posibilidades económicas de cada una de las partes, y siendo además que doña Virtudes viene obligada al pago de una pensión alimenticia, obligación que no le corresponde a don Carlos Manuel, consideramos que la situación económica de los hasta ahora cónyuges no ofrece una especial diferenciación, por lo que tal cuestión no puede originar un cambio en la atribución del uso de la vivienda familiar.

Estamos conformes con el argumento que se expone en el escrito de recurso relativo a que el hecho de que la vivienda que ha sido familiar esté registrada a nombre de doña Virtudes, no supone necesariamente que la misma pertenezca a ella privativamente; o, decimos nosotros que aunque la fijación o determinación de la propiedad se hiciese en su momento en favor de doña Virtudes, las circunstancias concurrentes no puedan generar una deuda de la misma en favor de la sociedad de gananciales; pero no deja de ser un criterio a considerar a falta de otros argumentos en que asentar la desestimación del motivo del recurso; como también aceptamos el criterio relativo a que los hijos habidos en el matrimonio tengan una referencia que les vincule con lo que ha sido su vida hasta ahora, que es la casa familiar, y que ha venido siendo disfrutada por doña Virtudes en los meses que transcurren desde la separación de hecho hasta ahora.

Hemos estudiado ya la situación laboral y económica de los cónyuges, como primer argumento desestimatorio y en razón a la sistemática utilizada en el escrito del recurso, pero también debemos decir que en cuanto a la disponibilidad del progenitor que no quede en el uso de la vivienda, de otra distinta de dimensiones suficientes y acondicionada de forma digna, la situación que se genera para don Carlos Manuel, se generaría para doña Virtudes; y desde luego dado lo hasta aquí argumentado, consideramos que el aludido si tiene disponibilidad de vivienda digna. En cuanto a las facilidades para acercar a la prole al centro escolar, no resultan diferenciadas, ni tampoco en lo que se refiere a las actividades extraescolares, y de la prueba practicada tampoco podemos concluir que el tiempo de dedicación de uno u otro progenitor a sus dos hijos, no haya sido igual o parecido.

QUINTO.- En cuanto a la petición que se hace a efectos de que de no aceptarse en cambio de uso de la vivienda familiar sobre el que viene siendo hasta ahora, dicho uso se limite temporalmente, y fijando una periodicidad de uso, entendemos que no es necesario, y si lo que se pretende es que se considere un potencial cambio de circunstancias que justifique la periodicidad de uso, no se ha practicado prueba que lo indique y tampoco entendemos que por principio dicha limitación de uso sea beneficiosa para los descendientes del matrimonio, pues no se ha demostrado así. Es decir no estamos negando la posibilidad y hasta la ventaja que, desde un punto de vista general, puede ofrecer la limitación de uso, pero ello debe de estar relacionado con las circunstancias concurrentes para que así sea valorado, y en el caso no encontramos se produzca la situación que podría originar la estimación del motivo de recurso en este punto.

SEXTO.- Nos queda por considerar dos motivos de recurso que se han formulado de forma subsidiaria, esto es el relativo a la modificación de la cuantía de la pensión alimenticia en favor de los hijos del matrimonio, una vez que doña Virtudes va a permanecer en el uso y disfrute de la vivienda familiar; y también aquel que pide que se modifique el pronunciamiento relativo a quienes deben satisfacer los gastos. Entendemos que:

1) En relación al aumento de la pensión alimenticia, debemos de insistir en la conclusión estudiada en los fundamentos jurídicos segundo y tercero de esta sentencia, que aluden a la situación económica de las partes. Si concluimos, como lo hacemos, en que la valoración probatoria relativa a tal circunstancia es correcta y asumible, y también valoramos que doña Virtudes venga obligada a pagar pensión alimenticia en favor de los hijos, no encontramos justificación a la petición de incremento de la pensión, máxime cuando hemos



de entender que por su propia esencia, la situación de custodia compartida conlleva la división de espacios temporales de convivencia, y que por tanto, y a salvo situaciones como la que se ha contemplado en el caso que nos ocupa, cada progenitor debe responder de los gastos de los hijos devengados durante la convivencia.

2) Si se estima el motivo de recurso en lo que se refiere al pago de los gastos comunitarios. Los gastos comunitarios del edificio que se habita son esencialmente los que se refieren al uso del edificio, y por eso los mismos deben de ser satisfechos por aquel que lo ostenta. Cuestión distinta es que los gastos comunitarios vengán referidos a los realizados en relación con la propiedad, sobre los cuales consideramos que sí que deben ambas partes satisfacer por mitad los mismos, en tanto se resuelva la situación relativa a la propiedad de la vivienda en cuestión.

SÉPTIMO.- Costas: no se hace pronunciamiento en las costas de este recurso dada la índole de la cuestión resuelta

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

FALLAMOS

Que, **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **DON Carlos Manuel** contra la sentencia dictada el día 22/11/18 y aclarada por auto de fecha 04/02/2019, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Palencia, en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos **REVOCAR** como **REVOCAMOS PARCIALMENTE** mencionada resolución, únicamente para establecer en los gastos comunitarios de la que ha venido siendo vivienda familiar de los que son parte en el procedimiento, deberán de ser satisfechos por **DOÑA Virtudes**, excepto en aquellos gastos que afecten a la propiedad del edificio en que se asienta la comunidad; y todo ello sin hacer pronunciamiento en las costas de esta alzada.

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