



Roj: **SAP CO 539/2020 - ECLI:ES:APCO:2020:539**

Id Cendoj: **14021370012020100378**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **15/04/2020**

Nº de Recurso: **1333/2019**

Nº de Resolución: **296/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA SECCION nº 1

Ciudad de la Justicia- C/ Isla Mallorca s/n (planta tercera)

N.I.G. 1402142120170023404

SENTENCIA nº 296/2020

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Pedro Roque Villamor Montoro

Magistrados:

Don Víctor Manuel Escudero Rubio

Don Fernando Caballero García

APELACIÓN CIVIL

Juzgado: de Primera Instancia nº 3 de Córdoba

Autos: Familia. Divorcio Contencioso nº 2194/2017

Rollo: 1333

Año: 2019

En Córdoba, a quince de abril de dos mil veinte.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia los autos procedentes del Juzgado referenciado al margen, que ha conocido en primera instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por **don Martin**, representado por la Procuradora Sra. Enriqueta Cañete Leyva y bajo la dirección jurídica del Letrado Sra. Sandra Luque Guerrero, siendo parte apelada **Doña Lorena**, representada por la Procuradora Sra. María Dolores Ramiro Gómez y bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. Juan de Dios Carmona Saravia siendo parte apelada también el Ministerio Fiscal. Es Ponente del recurso D. Pedro-Roque Villamor Montoro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida, y

PRIMERO.- Se dictó sentencia con fecha 28.5.2019 cuyo fallo textualmente dice: " *Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dña. M^a Dolores Ramiro Gómez en nombre y representación de Dña Lorena frente a D. Martin y desestimando la reconvenición formulada por la Procuradora Dña. Enriqueta Cañete Leiva en nombre y representación de D. Martin frente a Dña. Lorena debo: II- Declarar la disolución por divorcio del matrimonio celebrado en Córdoba entre Dña. Lorena y D. Martin . III- Quedan revocados los consentimientos*



y poderes que cualquiera de los cónyuges pudiera haber otorgado a favor del otro y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. IV- Adoptar las siguientes medidas reguladoras del divorcio: - Se atribuye la guarda y custodia del hijo aun menor de edad, a la madre, Dña. Lorena, manteniendo ambos progenitores la patria potestad sobre ste hijo y sin que sea preciso pronunciamiento alguno en este sentido respecto de los otros hijos, ya mayores de edad. - No ha lugar a adoptar medida alguna en orden al uso y disfrute del domicilio familiar dada la inexistencia del mismo. - Se atribuye a favor del padre un régimen de visitas, siendo, en principio el que libremente acuerden padre e hijo y en su defecto, el siguiente: - Padre e hijo estarán juntos las tardes de los martes y jueves desde la salida del Colegio hasta las 20:00 horas, en Otoño e Invierno y hasta las 21:00 horas, en Primavera y Verano. Siendo recogido y reintegrado el menor en el domicilio del progenitor custodio. -También pasaran juntos los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del Colegio hasta las 20:00 horas del domingo, en Otoño e Invierno y hasta las 21:00 horas, en Primavera y Verano. Siendo recogido y reintegrado el menor en el domicilio del progenitor custodio. Si de conformidad con el calendario escolar, hubiera un día no lectivo, o varios, antes o después de un fin de semana, éstos se acumularán al referido fin de semana, correspondiendo al progenitor con el que el menor se encuentre disfrutando el derecho de visita o estancia. -Vacaciones de Semana Santa y Navidad, partiendo de la base de que la duración de estas vacaciones se computarán conforme a los criterios escolares, a la madre le corresponderá la primera mitad de los años pares y la segunda mitad de los impares. El primer periodo de Semana Santa se computará desde las 17:00 horas del viernes de Dolores, hasta las 12:00 horas del Miércoles Santo y el segundo desde la terminación del primero hasta las 20:00 horas del Domingo de Resurrección; las vacaciones de Navidad se computarán desde las 17:00 horas del día 22 de Diciembre, hasta las 12:00 horas del día 30 de dicho mes y el segundo desde la terminación del primero, hasta la 20:00 horas del día 6 de enero, correspondiendo al padre el periodo inverso, siendo recogido y reintegrado el menor en el domicilio del progenitor custodio. -Vacaciones de verano serán por mitad, comprendiendo, los meses de julio y agosto; se dividirán en dos periodos, el primero comprenderá la primera quincena de julio y la primera quincena de agosto; y el segundo comprenderá la segunda quincena de julio y la segunda quincena de agosto, correspondiéndole a la madre el primer periodo en los años pares y el segundo en los años impares y al padre a la inversa, siendo recogidos y reintegrados los menores en el domicilio del progenitor custodio a las 12:00 horas - Se mantiene la pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo del padre, en cuantía de 200, 00 euros al mes por hijo (600 € al mes en total). Dicha cantidad será ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre, y se actualizara cada primero de enero conforme al IPC. No ha lugar a la suspensión del pago de dicha pensión. Los gastos extraordinarios que pudiera tener los tres hijos, serán satisfechos al 50% por ambos progenitores, haciendo saber a las partes que deberán ser previamente consensuados por ambos progenitores, y que en el caso de que no haya acuerdo deberán acudir al procedimiento judicial establecido al efecto, salvo que se trate de gastos que tengan el carácter de urgente. Que el progenitor que sin contar con el consentimiento expreso del otro decida hacer un gasto extraordinario deberá abonarlo en su integridad. No procede imponer condena en costas.

Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando original en el presente libro. Notifíquese. Diríjase mandamiento al Registro Civil acordando la anotación del divorcio".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de don Martin indicada que en base a la argumentación de hechos y fundamentación jurídica que expresó, dándose traslado del mismo por el término legal, presentándose escrito de oposición, tras lo cual se remitieron las actuaciones a este Tribunal que formó el correspondiente rollo, personándose las partes. Se señaló deliberación el 16.3.2020, demorándose el dictado de esta resolución por el estado de alarma declarado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, y

PRIMERO.- En procedimiento de divorcio de las partes ha sido discutida la procedencia y suspensión de la pensión de alimentos a cargo del ahora recurrente y por razón de los tres hijos, con el antecedente de que se fijaron 600 €, 200 por hijo, en la separación previa, sentencia de 16.5.2012 que aprobó convenio regulador. Los hijos nacieron el NUM000 .1996, NUM001 .1999 y NUM002 .2004, que están estudiando los tres.

La sentencia apelada no entiende acreditada que se haya producido una modificación que justifique ni la modificación de la pensión pedida por ambas partes, ni tampoco la suspensión que se interesa por la representación del demandado que se corresponde con un escenario de pobreza absoluta que el recurrente no ha acreditado.

En el recurso de apelación lo que se cuestiona precisamente es la valoración de la prueba considerando que ha acreditado que no percibe subsidio por desempleo por certificado del SEPE, sin que se le pueda exigir más prueba, que sería de un hecho negativo, sin contar con movimientos de cuenta, y sin que la parte contraria



acredite lo que afirma de que está trabajando y cobrado en "B", por lo que se estima infringido el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otro lado, consta que el negocio familiar que tenía cerró poco después de la separación, quedando en desempleo, la sra. Lorena no trabajaba, y ahora sí trabaja, y ni pidió la parte contraria el interrogatorio del recurrente, ni se le admitió a éste la testifical de su hermana conocedora de su situación y de que los abonos de la pensión lo hace con la colaboración de sus familiares, manteniendo una deuda importante por impago objeto de ejecución en el mismo Juzgado.

SEGUNDO.- En primer lugar, y a propósito de lo que se alega sobre la inadmisión de prueba testifical, se ha de decir que si era de su interés, pudo proponerla para su práctica en esta segunda instancia, de haber recurrido en su momento la denegación del Juzgado, sin que la inadmisión de una prueba pueda ser motivo de impugnación de la sentencia.

Convenimos con la parte sobre la necesaria observancia de la normativa sobre la carga de la prueba que representa el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que cabe cuando existe una situación de indeterminación sobre datos relevantes, como efectivamente aquí ocurriría con la merma de la capacidad económica del recurrente. Pero aquí no estamos para acordar novedosamente sobre ello, sino que se trata de procedimiento de divorcio precedido de previo de separación en cuya sentencia, como antes indicábamos, se había aprobado convenio regulador suscrito por las partes en el que se fijaba una pensión de 200 euros por hijo y mes. Por lo tanto, aquí de lo que se trata es de determinar si procede la modificación de la medida que viene ya fijada, por lo que no se trataría de acreditar la capacidad económica de uno y otro progenitor y las necesidades de los menores, sino de ver si se ha producido una modificación de las circunstancias económicas que aconsejen otra solución al respecto, debiéndose de exigir que esa modificación sea sustancial, con vocación de permanencia, imprevisible y no voluntariamente creada o buscada por el obligado al pago. Esto exige una constancia de la situación anterior y de su comparación con la que se acredite que tiene actualmente, correspondiendo a quien pide la modificación la carga de la prueba de esa modificación y con esas características. En este caso la suspensión solicitada requiere que sea el recurrente quien acredite que se encuentra en esa situación de necesidad

Lo que plantea es que al tiempo de la separación tenía un negocio que después tuvo que cerrar, y ya no trabaja ni tiene ingresos, en tanto que la apelada trabaja y tiene ingresos, habiendo pasado ésta a tener que alquilar una vivienda al haber perdido la vivienda que era familiar (donde dice que vivieron todos hasta 2016) por impago de la hipoteca que tenía, pago que ahora es sustituido por el alquiler de la vivienda arrendada, en tanto que el recurrente vive en casa de sus padres.

En esta situación no parece lógico que lo que se le pueda exigir a quien pide esa modificación a la baja de la pensión que tiene fijada, cumpla con la sola certificación del SEPE de no percibir prestación alguna, más aun cuando pese a los años transcurridos desde que perdió el negocio y sin trabajar, no ha pedido modificación de esa pensión convenida en su día, y que incluso a la hora de resolver sobre medidas provisionales en este procedimiento se fije la misma cantidad de doscientos euros por hijo y mes, que venía fijada en la anterior sentencia de separación, pese a que también ha dicho que debido a la situación por la que atravesaba había convenido con la apelada el pago de cuatrocientos euros mensuales en total. No otra cosa se puede mantener por el hecho de que se le haya inadmitido la testifical de su hermana que, dice, le ayuda al pago de la pensión. No se trata, pues, de que se le exija la prueba de un hecho negativo, de no trabajar, pero sí de un mayor esfuerzo probatorio sobre las concretas circunstancias actuales en contraposición a las que tenía cuando las partes se separaron, debiéndose de señalar aquí que la crisis de la construcción venía de años antes, sobre 2008, y el negocio familiar estuvo funcionando siendo el sostén de la familia hasta que se separaron, y no deja de ser significativo es que asumida una concreta obligación de pago de pensión y teniendo la casa familiar hipoteca, el negocio se tiene que cerrar, no pudiéndose pensar en algo que surgió de la nada, sino en algo que se veía venir desde antes, lo que hace alumbrar dudas sobre la realidad de esa situación, y que desde entonces no haya trabajado, al tiempo que la apelada tiene retenciones en sus ingresos como trabajadora por cuenta ajena procedentes, según se dice, de deudas anteriores del recurrente, entendiéndose que eran del negocio, a lo que se une el pago de vivienda arrendada y que antes se pagaba con los ingresos del negocio, no siendo el percibo de un salario por la demandante algo no previsible, pues al no fijarse pensión compensatoria ya se contemplaba como lógico que hiciese por trabajar, pese a no haberlo hecho con anterioridad, circunstancia ésta que no se considera suficiente para rebajar la pensión.

En esta situación esta Sala coincide con la sentencia apelada en que no se acreditan los presupuestos precisos para acordar la modificación pretendida, con desestimación del recurso.

TERCERO.- De cuanto antecede se desprende que el recurso ha de ser desestimado sin imposición al recurrente de las costas de esta alzada por la naturaleza de la cuestión discutida.

VISTOS los preceptos mencionados y los demás de general y pertinente aplicación.



FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Martin contra la sentencia dictada con fecha 28.5.2019 por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de esta capital, que se confirma íntegramente con imposición al recurrente de las costas de esta alzada.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y de infracción procesal del que conocería la Sala 1ª del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días días con los requisitos que establece el artículo 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y conforme a los criterios del Acuerdo de 27.1.2017 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre admisión de los referidos recursos. El plazo de recurso comenzará tras el cese del estado de alarma.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma que, con los autos originales, se remitirá al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ