



Roj: **SAP ML 17/2021 - ECLI:ES:APML:2021:17**

Id Cendoj: **52001370072021100017**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Melilla**

Sección: **7**

Fecha: **27/01/2021**

Nº de Recurso: **83/2020**

Nº de Resolución: **5/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIANO SANTOS PEÑALVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL DE MALAGA SECC. N.7 de DIRECCION000

Modelo: N10250

EDIF. DIRECCION001 . DIRECCION002 . PLAZA000 . NUM000 PLANTA.

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** NUM001 **Fax:** NUM002

**Correo electrónico:** DIRECCION003

Equipo/usuario: MBP

**N.I.G.** 52001 41 1 2020 0000431

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000083 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.5 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** DCT DIVORCIO CONTENCIOSO 0000088 /2020

Recurrente: María Dolores

Procurador: INMACULADA LOPEZ LOPEZ

Abogado: MARIA ALEJANDRA OROZCO RODRIGUEZ

Recurrido: Conrado

MINISTERIO FISCAL

**SENTENCIA N° 5/21**

**ILTMOS. SRES**

**Don FEDERICO MORALES GONZÁLEZ**

**Presidente**

**Don MARIANO SANTOS PEÑALVER**

**Don MIGUEL ÁNGEL TORRES SEGURA**

**Magistrados**

En DIRECCION000 a 27 de Enero de 2021

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 7ª, de la Audiencia Provincial de Málaga, sede en DIRECCION000, los Autos de DIVORCIO CONTENCIOSO nº 88/2020, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000, a los que ha correspondido el Rollo nº 83/2020, en los que aparece como parte apelante María Dolores, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada López



López, asistida por la Letrada doña María Alejandra Orozco Rodríguez, y como parte apelada, Conrado, en rebeldía procesal y el MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Don Mariano Santos Peñalver.

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En el proceso de referencia, y en fecha 2-11-2020, recayó Sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

" Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Inmaculada López López, en nombre y representación de DÑA. María Dolores, contra D. Conrado, en rebeldía procesal, debo acordar y acuerdo la disolución del vínculo conyugal entre D. Conrado y DÑA. María Dolores con todos los efectos legales inherentes al mismo, en concreto, los cónyuges podrán vivir separados, cesa la presunción de convivencia conyugal, quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, así como la disolución de la sociedad legal de la sociedad de gananciales, con adopción de las siguientes medidas en regulación de las consecuencias personales y patrimoniales del mismo:

1.- La atribución a DÑA. María Dolores, **de la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio**, Gregorio, nacido el NUM003 de 2019, compartiendo ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad.

2.- El establecimiento de un **régimen de visitas a favor del padre**, rigiendo en caso de desacuerdo el siguiente:

Todos los martes y jueves de 17:00 horas a 19:00 horas.

Todos los sábados de 10:00 horas a 14:00 horas, sin pernocta.

Mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano.

- Las vacaciones de Navidad se dividirán por mitades, empezaran a contar desde el día siguiente al inicio de las vacaciones escolares y terminaran el día anterior del retorno al colegio, se disfrutarán alternas, y los años pares elegirá la madre y los impares lo hará el padre.

- Las vacaciones de Semana Santa, se dividirán por mitades, empezaran a contar desde el día siguiente al inicio de las vacaciones escolares y terminaran el día anterior del retorno al colegio, se disfrutarán alternas los años pares elegirá la madre y los impares hará el padre.

- Las vacaciones de Verano se dividirán por mitades, desde el día siguiente al inicio de las vacaciones escolares y terminaran el día anterior del retorno al colegio, se disfrutarán alternas los años pares elegirá la madre y los impares lo hará el padre.

- Las festividades religiosas, se disfrutarán por mitad, alternas, los años pares elegirá la madre y los impares el padre. Si fuera un solo día, la madre pasará con el menor la festividad los años pares y los impares el padre.

- En cuanto al cumpleaños del menor lo pasará de 17:00 a 19:00 horas con un progenitor, y de 19:00 a 21:00 horas con el otro, eligiendo la madre el turno los años pares y el padre los impares.

- En cuanto a los cumpleaños y días del padre y la madre, cada uno estará acompañado del menor en sus días de celebración.

- Las entregas y recogidas del menor se realizan en el domicilio en que la madre se encuentre en cada momento, siendo en el momento actual en el domicilio de los padres de ella.

3.- Se acuerda la obligación de D. Conrado de satisfacer, en concepto de **pensión alimenticia** a su hijo menor la suma mensual de **CIEN EUROS (100 €)** en doce mensualidades. Estas cantidades serán pagaderas por meses anticipados; siendo revisables según I.P.C. e ingresadas en la cuenta que designe Dña. María Dolores durante los cinco primeros días de cada mes, **resultando exigible esta obligación desde la fecha de interposición de la demanda (24 de febrero de 2020)**, así como la mitad de los gastos extraordinarios de los hijos menores.

Por gastos extraordinarios se entienden los que no son gastos periódicos o previsibles, y que se presentan de manera esporádica y, en principio, imprevisible, incluyéndose dentro de los mismos los odontológicos y tratamiento bucodentales, incluidas las ortodoncias, prótesis, logopeda, psicólogo, fisioterapia y rehabilitación con prescripción facultativa, óptica (todo ello en lo no cubierto por la Seguridad Social o seguro médico privado), clases de apoyo escolar por deficiente rendimiento académico, no teniendo tal carácter los de educación (matrículas o inscripciones), transporte, comedor, libros, vestido, ocio, actividades extraescolares, excursiones, cursos de verano o campamentos etc.

4.- **Se deniega la petición de pensión compensatoria** solicitada por DÑA. María Dolores.



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

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución interpuso en tiempo y forma recurso de apelación la Procuradora doña Inmaculada López López en la representación ya indicada, y previo traslado a la parte contraria, que presentó escrito de oposición, fueron remitidos los autos a esta Audiencia a los efectos oportunos, con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Remitidas que fueron las actuaciones y personadas ambas partes, no habiendo sido propuesta prueba, ni aportado nuevos documentos ni solicitado la celebración de vista, que no fue considerada necesaria por el Tribunal, se señaló día y hora para la deliberación, votación y fallo, tras lo cual pasaron los autos al ponente para redacción de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de instancia que con estimación parcial de la demanda acuerda el divorcio de los litigantes y establece las medidas por las que debe regirse, se alza en apelación la representación de la parte actora en impugnación exclusivamente del pronunciamiento por el que se cuantifica en la suma de 100 euros la pensión alimenticia constituida en beneficio del hijo común del matrimonio a cargo del progenitor demandado, con fundamento en el error en la valoración de la prueba en que a su entender incurre la sentencia de instancia y propone prueba a fin de acreditar sus pretensiones.

La sentencia de instancia considera probada la ausencia de ingresos del demandado. Parte de la información patrimonial y vida laboral facilitada por el SIRAJ. En concreto, se dice que de los datos obtenidos por el SIRAJ "se obtiene que se encontraba dado de alta en la Seguridad Social como autónomo hasta 30/09/20, en su declaración de IRPF correspondiente al año 2019 solo constan ingresos totales por 1101,80 € del INSS, y 147,75 € como empleado por cuenta ajena, y solo dispone de varios vehículos a su nombre. No se ha presentado prueba alguna en contrario que desmerezca tales datos, y de hecho, interrogada Dña. María Dolores sobre este particular manifestó que "cree que ahora él no trabaja". Sobre esta base, establece una pensión de mínimos vitales. Razona que: "Las Tablas Orientadoras fijadas por el CGPJ no contemplan ingresos del obligado al pago de la pensión por debajo de 700 euros, al considerar que en los tramos de rentas inferiores a dicha cuantía ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia que jurisprudencialmente varía según las distintas zonas geográficas y poblaciones". Y cifra su importe en 100 euros mensuales.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia en base a la ausencia de ingresos del progenitor a cuyo cargo se constituye la pensión alimenticia, situación que considera acreditada por la crisis económica provocada por la pandemia originada por el Covid y su afectación al sector productivo en el que se encuentra encuadrado el apelado.

La parte recurrente alega que el apelado goza de ingresos suficientes para hacer frente a la pensión alimenticia en la cuantía solicitada en la demanda. Argumenta que el sistema contributivo de cuotas aplicable a los autónomos no tiene porqué corresponder con los ingresos realmente obtenidos y, en todo caso, en el sector de la restauración, el demandado fácilmente puede encubrir sus rendimientos económicos, al tiempo que denuncia la existencia de signos de solvencia económica.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo a la resolución del recurso de apelación es procedente justificar la denegación de la prueba propuesta por la parte apelante que por razones de orden procesal y en aras a los principios de celeridad y economía procesal, ínsitos en el derecho a un juicio dentro de un plazo razonable, se ha considerado oportuno posponer hasta este momento ante la improcedencia manifiesta de su admisibilidad.

En efecto, reiterada y constante jurisprudencia enseña que el criterio que debe inspirar la admisión y práctica de las pruebas en la alzada es restrictivo y su otorgamiento tiene carácter excepcional, sin que pueda darse de forma preceptiva e incondicional, sino como remedio subsidiario, limitado a los supuestos que enumera el artículo.

En el caso que nos ocupa el artículo 460 exige para la admisión de prueba en apelación.

En primer término, que la prueba propuesta sea fundamento de la causa de pedir.

Segundo, que los hechos que mediante la prueba se intentan acreditar guarden la debida relación con las peticiones deducidas por el actor o con las excepciones opuestas por el demandado, ya que, al amparo de esa excepcional prueba en el trámite de apelación, no cabe intentar con éxito modificación alguna en los términos en que fue planteada, y, a su vista, fue resuelta la litis en la primera instancia del juicio.



Es preciso, además, que la influencia de estos hechos en el pleito sea tan notoria que de no poder adverbarse sobreviniera indefensión de la parte que pretende demostrarlos, por tender a establecer un punto capital de la cuestión litigiosa.

Y, por último, el requisito temporal de no haber tenido la parte conocimiento previo de la existencia de prueba que pretende incorporar.

Es cierto que el artículo 752 número 1º de la LECiv., en los procesos relativos la capacidad de las personas, de filiación, de matrimonio o a menores, establece un régimen de mayor flexibilidad de la admisión de la prueba en segunda instancia, sin embargo no significa la abolición del control judicial sobre la incorporación de la prueba al proceso en función de su pertinencia y necesidad para la resolución del conflicto, ni permite una subsanación de los defectos de su proposición en forma.

En el presente caso, la prueba documental consistente en fotografía del establecimiento en el que desempeñaba su actividad el demandado, en la que se observa un local que se encuentra abierto, nada aporta al caso que nos ocupa, pues, de un lado, solo reproduce un momento concreto, no una actividad permanente, y, de otro, no se aprecia signo alguno que permita identificar el local con aquél en que ejerce su actividad el demandado, tampoco se observa actividad comercial en su interior y, además, no acredita que sea el demandado quien la desarrollara en caso de que efectivamente estuviera abierto al público. En todo caso, se ignora la fecha en que fue tomada y la prueba de tal dato exigiría de una pericia desproporcionada para los efectos que se pretenden y la posible eficacia de la diligencia probatoria, en atención a lo antes expuesto.

Por lo que respecta a la solicitud al Punto Neutro de un informe actualizado de la actividad del demandado a fecha de noviembre de 2020, entendemos que la prueba es intrascendente pues la sentencia de instancia atiende para la valoración de la capacidad económica del demandado a la información patrimonial obrante en octubre de 2020, por lo que su actualización a la fecha del recurso nada nuevo puede aportar.

En otro orden de consideraciones, es preciso indicar que la posposición de la decisión sobre la admisibilidad de la prueba a la sentencia, en vez de la utilización de la vía procesal prevista en el artículo 464,- esto es resolución mediante Auto en el plazo de 10 días desde la recepción del recurso-, no genera a la parte indefensión alguna, pues como se dijo el motivo de no admisión era consustancial a los medios de prueba propuestos en concreto inutilidad y falta de proporcionalidad.

En sentido debe indicarse, en primer lugar, que jurisprudencia constitucional reiterada declara que, si bien el derecho a utilizar las pruebas pertinentes constituye un derecho fundamental, no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, pues sólo procede la admisión de las que, articuladas en tiempo y forma, sean lícitas y pertinentes al caso, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas a los órganos judiciales, salvo cuando el rechazo carezca de toda motivación, o ésta sea insuficiente o la que se ofrezca resulte manifiestamente arbitraria o irrazonable. Y, en segundo término, que el concepto de indefensión con relevancia jurídico- constitucional no coincide necesariamente con el concepto de indefensión jurídico-procesal, de modo que sólo se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. Es decir, la quiebra del artículo 24 nº 1 de la Constitución no se origina por la simple indefensión formal, sino que exige una situación de indefensión material, entendida en el sentido de razonable causación de un perjuicio. Situación que como se dijo no concurre en el caso de autos dada la inutilidad de la prueba propuesta a los efectos pretendidos por la parte solicitante.

**TERCERO.-** La sentencia de instancia establece una pensión de mínimos vitales que cifra en 100 euros mensuales.

Es indiscutido que para la fijación de la pensión alimenticia debe atenderse a las necesidades de los hijos en atención, por un lado, a las necesidades básicas que siempre deben estar garantizadas y, por otro lado, a las condiciones en las que se encontraban los hijos con anterioridad a la ruptura convivencial, que dentro de lo posible también debe intentar asegurarse, en relación con los ingresos de sus progenitores.

Expuesto lo anterior, la cuestión debatida se concreta en determinar la capacidad económica del recurrente obligado al pago de la pensión alimenticia establecida a favor de la hija. Radicando la controversia en si el mismo carece en la actualidad de ingresos por no realizar actividad económica o retribuida alguna.

La prueba practicada representada por el interrogatorio del demandado y la actora en relación con la documental consistente con en la información patrimonial aportada por el SIRAJ ha acreditado los siguientes extremos:



1º.- Que estuvo dado de alta en la Seguridad Social como autónomo desde el 1 de abril de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2020.

2º.-Que la actividad ejercida tenía por objeto la explotación comercial de un negocio de pizzería.

3º.-Que en la Seguridad Social figura el demandado como titular del negocio.

4º.-Que el propio demandado reconoce que era él quien pagaba el alquiler del local de negocios en donde ejercía su actividad. El importe de la renta es de 400 euros mensuales.

5º.-Que conforme a su declaración de IRPF correspondiente al año 2019 solo constan ingresos totales por 1101,80 euros del INSS y 147,75 euros como empleado por cuenta ajena.

6º.-Que es titular de los siguientes vehículos: turismo marca Mercedes Benz, modelo C 220 DI, matrícula Y...KNQ , con fecha de matriculación por el demandado de 29 de agosto de 2019, asegurado en agosto de 2019 y baja en septiembre siguiente; dos motocicletas, una marca Piaggio, matrícula ....NHD con fecha de matriculación 13 de julio 2009 y cilindrada de 124, adquirida por el demandado en julio de 2018 y asegurada, y, otra, marca Honda, matrícula ....FGW con fecha de matriculación 11 de julio de 2012, cilindrada de 670 centímetros cúbicos, asegurada al 20 de febrero de 2020 y adquirida en la misma fecha; y, un ciclomotor marca Piaggio, matrícula W...QXK con fecha de matriculación 12 de septiembre de 2000 y cilindrada de 49 centímetros

cúbicos, adquirida el 31 de mayo de 2017, asegurada y que figura de baja por sustracción desde el 29 de julio de 2018.

7º.-La actora carece de ingresos y tras la ruptura matrimonial vive en el domicilio de sus padres con su hijo.

8º.-Que el hijo común del matrimonio Gregorio nació el NUM003 de 2019, por lo que a la fecha del dictado de la presente sentencia está próximo a cumplir dos años de edad.

Las circunstancias expuestas abocan a una solución distinta a la propuesta por la sentencia de instancia, pues hay base suficiente para considerar que el demandado ha ocultado sus ingresos.

En primer lugar, dice que el negocio era de tipo familiar, sin embargo, en la Seguridad Social quien figura como titular es él, al tiempo que ha reconocido durante el interrogatorio judicial que era quien pagaba la renta del alquiler del local, cuyo importe cifra en 400 euros, lo que permite atribuirle la titularidad del negocio.

En segundo término, consta que, durante un periodo de tiempo relativamente breve de dos años, entre mayo de 2017 y el 20 de febrero de 2020, adquirió hasta cuatro vehículos. Que en principio aseguró a los mismos, si bien a la fecha de emisión del informe del SIRAJ en octubre de 2020 solo las dos motocicletas aparecen aseguradas.

Por último, si bien es cierto que la pandemia provocada por el Covid durante el año 2020 afectó especialmente al sector de la restauración, destaca que la baja en la actividad tenga lugar en septiembre de 2020, es decir, mes y medio antes de la celebración del juicio oral.

Todo lo expuesto evidencia que el actor cuenta con unos medios económicos superiores a los por él indicados. Sin que, por otra parte, haya demostrado cuáles son sus reales ingresos, siendo a él a quien, en su caso, le incumbía tal probanza, como ha dicho con reiteración nuestra jurisprudencia en supuestos similares al aquí enjuiciado, al indicar que en esta materia la colaboración de los litigantes para conocer su real capacidad económica deviene singularmente exigible, siendo de aplicación la doctrina jurisprudencial, sentada, entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991 , que proclama que debe distribuirse la carga de la prueba, de ordinario, atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, suele estar más próxima a ella y en este sentido a cada litigante le corresponde la prueba de lo que, conforme a la razón y a la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria, siendo de resaltar que la falta de colaboración de los litigantes para conocer sus verdaderos ingresos, comporta, en realidad, un perjuicio para los hijos que ha de ser evitado.

En atención a lo expuesto, no puede aceptarse el criterio de la sentencia de instancia de establecer una pensión de mínimos vitales, en cuanto, como se acaba de decir, el demandado obtiene ingresos en cuantía que tiene interés en ocultar en perjuicio de su hijo.

Por lo que se refiere a la concreta cuantificación de la pensión, como se ha dicho no es posible conocer los ingresos económicos del demandad, sin embargo, determinados datos que han resultado acreditados hacen emerger su capacidad económica al menos a los efectos de cuantificar la pensión alimenticia de manera proporcional a sus rendimientos desconocidos. En este sentido, destacan los siguientes elementos: adquisición de hasta cuatro vehículos de motor en un periodo de dos años, próximo a la fecha de la ruptura





matrimonial; mantenimiento del seguro de las dos motocicletas a la fecha del dictado de la sentencia; y, el pago de un alquiler por el local de negocios donde explotaba o explota su actividad comercial en cantidad de 400 euros.

Estos factores permiten inferir que sus rendimientos se corresponden con una capacidad económica adecuada a una pensión alimenticia de 300 euros mensuales.

Esta cuantía se considera proporcional a los ingresos que podemos inferir obtiene el demandado y a las necesidades de un niño de dos años de edad, así, como al hecho de la ausencia de ingresos de la madre y la valoración de su dedicación al cuidado del hijo como contribución en especie a las necesidades alimenticias de los hijos, que debe ser tenida en cuenta para fijar el importe de la pensión que debe abonar el progenitor no custodio.

**CUARTO.**- Es de aplicación al caso de autos la doctrina mayoritaria de no imposición de costas en los procesos matrimoniales dadas sus peculiares características que permiten encuadrar la controversia en el ámbito conceptual de dudas de hecho o de derecho, que constituyen excepción al principio del vencimiento. Criterio que debe integrarse, con relación a las costas de la alzada, con la regla del número 2º del artículo 398 conforme al cual " *En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes*".

Vistos los preceptos y doctrina legales citadas y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

## FALLO

Que estimando como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Inmaculada López López en nombre y representación de María Dolores contra la sentencia de fecha 2-11-20 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de DIRECCION000 en los Autos de Juicio de modificación de medidas supuesto contencioso nº 88/20 acordamos:

**PRIMERO.**- Revocar el pronunciamiento relativo a la cuantía de la pensión alimenticia constituida a cargo del demandado a favor del hijo común de los litigantes en el sentido de fijar la misma en la suma de 300 euros mensuales.

**SEGUNDO.**- Confirmar el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida.

**TERCERO.**- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

Notifíquese a las partes la presente resolución haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse, en su momento, los autos originales al Juzgado de su procedencia junto con testimonio de la presente resolución para ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se unirá testimonio literal al rollo de saña correspondiente, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.