



Roj: **SAP J 351/2020 - ECLI:ES:APJ:2020:351**

Id Cendoj: **23050370012020100268**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **580/2020**

Nº de Resolución: **753/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANA MANELLA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 753

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Rafael Morales Ortega

MAGISTRADAS

D^a Elena Arias-Salgado Robsy

D^a Ana Manella González

En la ciudad de Jaén, a veintitrés de Septiembre de dos mil veinte.

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso, seguidos en primera instancia con el nº 598 del año 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , **rollo de apelación de esta Audiencia nº 580 del año 2020**, a instancia de **D^a Aida** , representada en la instancia y en esta alzada por el Procurador D. Juan Simón Mulero García y defendida por el Letrado D. José Molina Moreno; contra **D. Teofilo** , representado en la instancia por la Procuradora D^a María Jesús Sánchez Zorrilla y en esta alzada por el Procurador D. Francisco Ramón Perales Medina y defendido por la Letrada D^a Blanca María Barrionuevo Pérez. También ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , con fecha 27 de Enero de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Que **ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA** presentada por el Procurador de los Tribunales Juan Simón Mulero García en representación de Aida contra Teofilo , representado por el Procurador de los Tribunales María Jesús Sánchez Zorrilla **PROCEDE** modificar la sentencia nº 50/2016 de 6 de junio de 2016, en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo registrados con el número 220/2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 en los siguientes términos:

1º.- La patria potestad de la menor de edad Enriqueta se atribuye conjuntamente a ambos progenitores.

2º.- Se atribuye la guarda y **custodia** del menor de edad Enriqueta a su madre Aida .

3º.- Se establece a favor del progenitor no custodio, Teofilo , el siguiente régimen de visitas con su hija menor edad:

· Fines de semana alternos sin pernocta, desde las 11:00 horas a las 18:00 horas del sábado y del domingo.



- Asimismo se establece dos días de visita intersemanal todos los martes y jueves desde la salida del colegio o en su defectos desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.
- La menor será recogida y entregada en el domicilio materno por su padre o por terceras personas de confianza para la menor y sus progenitores.
- Este régimen se aplicará también durante las vacaciones de verano, semana santa Navidad. No obstante si la madre de la menor tuviera planificado viaje de vacaciones con la menor, deberá comunicarlo al padre con una antelación igual o superior a 10 días naturales, pudiendo el padre de la menor recuperar las visitas no disfrutadas en los 15 días siguientes al regreso de la menor del viaje de vacaciones.

4º.- Se establece a cargo del progenitor no custodio Teofilo y a favor de su hija menor de edad una pensión de alimentos de 200 euros mensuales, anualmente actualizable conforme al IPC pagadera por mensualidades anticipadas dentro de los 10 primeros días de cada mes en la cuenta corriente que a tal efecto designe la madre de la menor.

Los gastos extraordinarios serán satisfechos a 50% por cada progenitor.

Los gastos extraordinarios deben ser siempre consensuados y en caso de discrepancia deben ser autorizados por el juzgado, instándose acción del artículo 156 del código civil, salvo razones objetivas de urgencia. El consenso debe alcanzarse de forma expresa y escrita antes de hacer el desembolso, sin embargo la atención a la peculiar naturaleza de los gastos extraordinarios, se entenderá prestada la conformidad, si requerido a tal efecto un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir un plazo de cinco días hábiles sin hacer manifestación alguna. En el requerimiento que realice el progenitor que pretende hacer el gasto, se deberá detallar cuáles es el gasto concreto que precise el hijo y se adjuntara presupuesto donde figure el nombre del profesional que lo expide.

No ha lugar a imponer las costas procesales a ninguno de los litigantes".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de DIRECCION000 , presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a la parte contraria del escrito de apelación, presentó escrito de oposición al recurso presentado la parte demandante, y el Ministerio fiscal, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 23 de septiembre de 2020 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente la Sra. Magistrada Dª. Ana Manella González.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la representación de la parte demandada, D. Teofilo , se interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2020, en la que, estimando la demanda de modificación de medidas adoptadas en el anterior proceso de divorcio, sentencia de 6 de junio de 2016, donde fue se acordado por acuerdo de las partes un régimen de guarda y **custodia compartida** sobre la hija menor del matrimonio Enriqueta , nacida el NUM000 de 2013.

La sentencia estimó la demanda, considerando acreditada una variación de circunstancias alegada por la parte demandante, como es la falta de aptitud del demandado para ser progenitor custodio, además no quedar acreditado que el Sr. Teofilo haya superado su adicción y manipulación de drogas, así como la falta de condiciones de habitabilidad de la vivienda, y la incapacidad de encargarse adecuadamente de su hija, por ello otorga a la progenitora la guarda y **custodia** de la menor. Esta decisión ha conllevado la fijación de un régimen de visitas para el progenitor no custodio, y una pensión alimenticia a cargo del padre y en beneficio de su hija de 200 euros mensuales.

Este pronunciamiento es el que se combate en esta alzada. La parte recurrente considera que no existen motivos objetivos para el cambio de guarda y **custodia**, solo simples indicios, existiendo una excelente relación entre la menor y su padre, por lo que no existe peligro alguno para la menor. Interesa el recurrente que en el caso de ser desestimada la guarda y **custodia compartida** que la cuantía de la pensión alimenticia sea reducida a la suma de 100 euros.



Segundo.- Nos encontramos en un procedimiento de modificación de medidas, en el que concurren los requisitos para la modificación sustancial de la anterior sentencia de divorcio. El artículo 90.3 del CC "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges [...]" y del artículo 91, in fine, del CC "Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.", preceptos a relacionar con el artículo 775.1 de la LEC "El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas."

Se dan los presupuestos necesarios para la modificación del régimen de guarda y **custodia**, en atención a las circunstancias concurrentes, por haberse alterado sustancialmente los factores que condicionaron su precedente regulación judicial, por ello debe imponerse una pensión alimenticia a favor de la menor y a cargo del progenitor no custodio, y así se hace en la sentencia de instancia, fijándose la cantidad de 200 euros mensuales.

Tercero.- En este caso hay un dato muy relevante que influye en la decisión de variar el régimen de **custodia compartida**. Es que al recurrente en las Diligencias Previas 513/2018 seguidas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 se le intervino en su domicilio plantas de marihuana, unos 1.600 gramos de esta sustancia vegetal. En la declaración judicial prestada en fecha 2 de agosto de 2018, reconoce el demandado que se le incautó "bastante droga" en su domicilio, 14 o 15 plantas, pero que eran porque "hace cremas que se echa en el cuerpo, porque es maquinista y le duele mucho la espalda"; que "tenía una conexión ilícita de energía eléctrica", que encontraron "restos de cocaína porque los consume él".

Estos datos no son negados conforme a lo señalado en el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que puede constituir presumiblemente un delito contra la salud pública que no causa grave daño a la salud del art 368 del Código Penal, castigado con penas de hasta dos años de prisión.

Se alude en el recurso a que las diligencias previas citadas se encuentran en fase de instrucción y que le Sr. Teofilo no ha sido condenado por ello.

En el informe psicosocial elaborado por la Unidad de Valoración de Violencia de Género, D. Teofilo alude que si la niña olía mucho a marihuana cuando llegó del colegio se debió a que la llevó una amiga que sí consume dicha droga. Además de que la marihuana que la policía encontró en su casa es porque fabrica crema para su padre que padece fuertes dolores de rodilla.

Sea como fuere, es evidente que se consume droga delante de la menor, sea por el padre o por terceros, y la supuesta fabricación de cremas con esta planta parece ser destinada a múltiples usos tanto para dolores del Sr. Teofilo, como para dolores de su padre, según expuso tanto en la declaración judicial como en el informe psicosocial.

A lo anteriormente expuesto es necesario añadir la valoración que efectúa la juzgadora de instancia, y nosotros acogemos, sobre la condiciones de habitabilidad de la vivienda donde reside el progenitor. Resulta que la misma carece de higiene, y limpieza en las diversas estancias del domicilio, la trabajadora social que la visitas describe mucho desorden y un fuerte olor a cerrado y suciedad (Informe psicosocial de fecha 14 de noviembre de 2019).

Esta situación implica un riesgo para la menor, un mal ejemplo, y un peligro para la misma al haber estado la pequeña en un lugar donde se cultiva y consume sustancias como las señaladas (marihuana, cocaína, etc.).

La apreciación señalada en el recurso respecto a que no ha sido valorada la declaración de la tutora que manifestó que la menor era feliz en compañía de su padre, y puntualizó no haber apreciado situación de peligro, ni riesgo para la niña, son valoraciones que carecen de la entidad suficiente para desvirtuar los datos anteriores.

Cuarto.- Respecto de la pensión de alimentos, esta sala ha señalado que la obligación legal de prestar alimentos a los hijos menores de edad no deriva de lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, reguladores de los alimentos entre parientes, sino directamente de la Constitución, cuyo artículo 39.3 impone a los padres de los menores de edad el deber de prestarles asistencia de todo orden, lo que se concreta en lo dispuesto en los arts. 110 y 154.1 del Código Civil, respecto del deber de prestarles alimentos; deber exigible incluso aunque aquéllos no ostentasen la patria potestad. De ahí que, al tratarse de un deber de carácter imperativo e incondicional, inherente a la filiación, las disposiciones de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, sólo resulten de aplicación, en virtud de lo previsto en el art. 153 del mismo, con las necesarias matizaciones y no de un modo automático.



Así, las personas obligadas a prestar alimentos a un menor de edad no podrán ampararse en lo dispuesto en el art. 152.2º del Código Civil para eludir el cumplimiento de su deber, salvo que hubieren acreditado, más allá de toda duda razonable, que se encuentran en una situación económica tal que les resulta imposible— de todo punto—, atender dicha obligación, siempre y cuando no se hubiese colocado en dicha situación de una forma voluntaria. Así lo ha manifestado reiterada jurisprudencia que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017 , con cita de otras, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 o 18 de marzo de 2016.

También destaca que el interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo "en todo caso", conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como dice el art. 93 del Código Civil , y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el art 146 del Código Civil . Solo supuestos de pobreza absoluta permiten eludir o más bien suspender dicha obligación.

En este caso el apelante en la contestación a la demanda manifiesta que posee un trabajo estable, como operario de maquinaria. Se presenta una resolución aprobando la prestación por desempleo del Sr. Teofilo , indicando el recurrente que sus ingresos ascienden a 600 euros mensuales. La apelada ejerce como maestra especializada en educación especial en un colegio de DIRECCION000 . Teniendo en cuenta la nueva situación de guarda y **custodia**, debe moderarse la cantidad fijada en la suma de 150 euros por la hija, pues consideramos que no puede rebajarse a la cuantía de 100 euros, dado que D. Teofilo posee conocimiento en electricidad, ha estado trabajando y no existe impedimento para que lo vuelva a hacer, salvo las limitaciones de trabajo que existen en la situación actual. Debe estimarse parcialmente el recurso en dicho punto.

Quinto.- Habida cuenta de la naturaleza del proceso en el que nos encontramos, discutiéndose en parte cuestiones de orden público y de las especiales circunstancias y posibles dudas de hecho concurrentes, no procede hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de DIRECCION000 de fecha 27 de enero de 2020, en autos de Juicio de Modificación de Medidas Definitivas, seguidos en dicho Juzgado con el nº 598/2018, y debemos rebajar la suma de la pensión alimenticia de la menor Enriqueta a la cuantía de 150 euros mensuales, permaneciendo invariable el resto de la resolución.

Sin pronunciamiento sobre las costas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso, por infracción procesal, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional en los términos que señalan el Ordinal 3º del nº 2 y el nº 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley Procesal, ambos preceptos en relación con la Disposición Final 16 del repetido Cuerpo Legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 0580 20.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia Número Uno de DIRECCION000 , con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.