



Roj: **SAP O 2736/2013 - ECLI:ES:APO:2013:2736**

Id Cendoj: **33044370062013100281**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **6**

Fecha: **21/10/2013**

Nº de Recurso: **332/2013**

Nº de Resolución: **281/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ELENA RODRIGUEZ-VIGIL RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

OVIEDO

SENTENCIA: 00281/2013

RECURSO DE APELACION (LECN) 332/13

En OVIEDO, a veintiuno de Octubre de dos mil trece. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, compuesta por, los Ilmos. Srs. D. José Manuel Barral Díaz, Presidente; D^a María Elena Rodríguez Vígil Rubio y D. Jaime Rianza García, Magistrados; ha pronunciado el siguiente:

SENTENCIA Nº 281/13

En el Rollo de apelación núm. 332/13, dimanante de los autos de juicio civil Modificación de Medidas, que con el número 474/12 se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pola de Siero, siendo apelante **DOÑA Elena**, demandada en primera instancia, representada por la Procuradora DOÑA MARIA VISITACION RIVERA DIAZ y asistida por la Letrada DOÑA GEMA GARCIA RIVERO; y como parte apelada **DON Lucas**, demandante en primera instancia, representado por la Procuradora DOÑA MARIA TERESA SANCHEZ ORDOÑEZ y asistido por el Letrado DON IGNACIO FERNANDEZ RODRIGUEZ; **EL MINISTERIO FISCAL**, en la representación que le es propia; **ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña María Elena Rodríguez Vígil Rubio.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pola de Siero dictó Sentencia en fecha 20 de Mayo de 2013 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Lucas frente a D^{ña}. Elena para la modificación de las medidas establecidas en la sentencia de 3 de octubre de 2012, dictada en el Procedimiento de Modificación de Medidas tramitado bajo el nº 149/2012, manteniendo las establecidas en el auto de 28 de diciembre de 2012, respecto a la guarda y custodia de las menores, Rafaela y Rosario, y el régimen de visitas y estancias fijado a favor de la progenitora no custodia; estableciendo, además a cargo de D^{ña}. Elena, la obligación de contribuir a los alimentos de las menores con una cantidad de 100 mensuales, a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que el demandante determine al efecto. Con contribución de ambos progenitores a los gastos extraordinarios en la forma determinada en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución. Sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia."

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del cual se dio el preceptivo traslado a las partes personadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 de la vigente Ley, que lo evacuaron en plazo. Remitiéndose posteriormente los autos a esta Sección y solicitado el recibimiento a prueba por la parte Apelante y Apelada se dictó Auto que literalmente dice en sus fundamentos de derecho y parte dispositiva:



Primero.- Dispone el apartado 1 del artículo 460 de la L.E.C ., que sólo podrán acompañarse al escrito de interposición los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 270 y que no hayan podido aportarse en la primera instancia.

Segundo.- Los supuestos a que se refiere el artículo 270 de la L.E.C . se concretan en los siguientes: 1º Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales; 2º Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia; 3º No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4º del apartado primero del artículo 265 de la presente Ley .

Tercero.- Dispone el artículo 283 de la L.E.C ., en su apartado 1, que no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente.

Por su parte, el apartado 2 establece que tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

Cuarto.- En el presente caso, concurren en los documentos reseñados en los antecedentes de esta resolución las circunstancias previstas en el número 1 del artículo 270 antes citado, por lo que procede su admisión.

La admisión del/de los documento/s para surtir efectos probatorios en esta segunda instancia, no hace necesaria, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 464 de la L.E.C ., la celebración de vista.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

1.- Admitir los documentos que aporta tanto la parte apelante como la apelada, con sus respectivos escritos de interposición del presente recurso y oposición al mismo, respectivamente, quedando unidos a las actuaciones."

Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 16 de Octubre de 2013.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, en lo que aquí interesa, -dado que es la única de las medidas relacionadas con las dos hijas comunes de las partes menores de edad, que es objeto de impugnación en esta alzada-, dejó sin efecto la suspensión que, de la obligación de contribución a los alimentos de la madre no custodia, había acordado en el auto previo que puso fin a la pieza de medidas provisionales, de fecha 28 de diciembre de 2012, fijando como contribución de la misma a las necesidades de alimentación de ambas menores la cantidad de 200 mensuales, así como la mitad de los gastos extraordinarios.

Esta última en su recurso, denunciando la existencia de un error en la valoración de la prueba e infracción del principio de proporcionalidad entre los ingresos del obligado a prestar alimentos y las necesidades de quien los recibe, así como la no toma en consideración del acuerdo previo habido entre los cónyuges desde el inicial convenio regulador de su divorcio, excluyendo de tal obligación de alimentos al progenitor no custodio durante el mes de vacaciones en que las menores están en su compañía, lo que solicita, invocando su absoluta carencia de ingresos en este momento, es que se suspenda la obligación de contribuir a los alimentos de sus dos hijas fijada en la recurrida desde el mes de junio de 2013, en que se encuentra en tal situación de carencia de ingresos, teniendo que ser ayudada por su familia, reanudándose automáticamente el abono de la prestación fijada en la recurrida una vez que vuelva a obtener ingresos o en todo caso subsidiariamente como mínimo durante un año; se deje en todo caso sin efecto la obligación de abonar tal prestación durante el mes de vacaciones en que sus hijas estén con ella y, por último, en relación a los gastos extraordinarios, se supedita el abono por mitad fijado en la recurrida, al hecho de que los ingresos de ambos progenitores sean similares, estableciendo en otro caso un porcentaje superior, concretamente del 70% si estos fueran diferentes, con igual suspensión si uno de ellos carece de todo ingreso.

SEGUNDO.- Esta Sala tiene declarado con reiteración, recogiendo la jurisprudencia del TS (Cf. La doctrina contenida en sus sentencias de 16 de julio de 2002 y 5 de octubre de 1993 , entre otras, interpretando el Art. 146 del CCivil) que la obligación de prestar alimentos a los hijos menores, tiene unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales entre parientes, una de cuyas manifestaciones más específicas alcanza a la cuantía, en cuya determinación debe superarse la pauta ordinaria de alcanzar



exclusivamente a los indispensables para hacer frente a las necesidades, debiendo seguirse criterios de mayor amplitud en beneficio de los menores.

La cuantía ha de fijarse por ello teniendo en cuenta el nivel económico de la familia en sintonía con el interés público de protección de la infancia que subyace en esta, como en el resto de las instituciones que regulan las relaciones paterno-filiales.

Ahora bien, aun cuando esta obligación de dar alimentos a los hijos es un deber natural de primer rango y por ello la ley trata de rodearla de las mayores garantías de efectividad, anticipando por ejemplo, como se recoge en la reciente sentencia de esta Sala de 7 de octubre próximo pasado, su exigibilidad al momento de interponer la demanda (art. 148 del CCivil), sustrayéndolo a la libre disposición de las partes (art. 151 de ese mismo texto legal), suprimiendo las restricciones impuesta al embargo de salarios (art. 608 de la LEC) o configurándolo como deuda de la masa del concurso(art. 47 de la Concursal), con todo y con ello, por mucho que estemos ante un deber natural y legal de primera orden que deriva del propio hecho de la filiación, la fijación de una prestación alimenticia o la continuidad de la previamente fijada requiere que el obligado a prestarlos tenga medios y bienes suficientes para atender a los alimentos sin descuidar sus propias necesidades, como así resulta de lo dispuesto en el art. 152 del CCivil, en el que se contempla como causa extinción, que se convierte en causa de inexigibilidad o suspensión cuando concurra en el momento de ser reclamados, aquel supuesto en que la fortuna del obligado a darlos sea inexistente o se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades.

En definitiva aunque esta obligación de prestar alimentos a los hijos se constituye en un deber inexcusable, no es el mismo tan absoluto que obligue a su mantenimiento cuando consta acreditado en autos que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y /o amigos, pues en ese caso esa carencia se convierte evidentemente en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital, al convertirse en una prestación imposible.

TERCERO.- Pues bien esa situación de carencia de ingresos por parte de la madre no custodia en este momento es extremo que debe reputarse acreditado con la prueba adjuntada por la misma con el presente recurso que pone de manifiesto su carencia de empleo remunerado alguno, no siendo tampoco perceptora de prestaciones de desempleo. Esa situación de precariedad ya fue apreciada en el auto de medidas, dictado en fecha 28 de diciembre de 2012, para suspender la vigencia de esta obligación y si bien en la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia, en mayo de 2013, debido a la nueva contratación de que había sido objeto la actora como agente externo de una aseguradora, que durante los meses de febrero y marzo le había reportado un salario de 200 y 400 mensuales respectivamente, se estimo en la misma había sido parcialmente superada, justificando así la fijación del mínimo vital fijado en la misma, ello no obstante en la actualidad esa retribución fija no existe y lo cierto es que con el certificado del INEM adjuntado al recurso resulta que la misma se encuentra en desempleo no subsidiado. Por otra parte, del extracto de la cuenta corriente de que es titular en la entidad CAJASTUR-Liberabak, a que se refiere el escrito de oposición, no resulta esa media de ingresos durante el año 2012 de 700 mensuales que se invoca por el padre custodio, sino muy al contrario que a partir del mes de septiembre de 2012, los ingresos salariales o comisiones eran inexistentes, no constando mas que los procedentes de imposiciones cuyo origen se desconoce y que no se descarta puedan provenir de familiares, que en todo caso mes a mes alcanzan una cuantía media de 400 hasta diciembre de 2012. Con posterioridad y según así resulta del certificado expedido por la citada entidad financiera obrante al f. 440 de los autos, el saldo es negativo al igual que el de las tarjetas de que es titular.

Su actual situación de desempleo con paréntesis breves, dos meses en ambos casos, de trabajos como agente comercial para una empresa de energía primero y otra de seguros con posterioridad, no le ha permitido superar la situación de precariedad económica en que se encuentra y que ya deviene, como así resulta del certificado de vida laboral activa expedido por la TGSS obrante al f. 436 de los autos, desde finales del año 2009. Ciertamente es que con anterioridad tenía un amplio historial laboral, pero esa amplia experiencia laboral como agente comercial, pese a la búsqueda activa de empleo, no ha posibilitado en este momento su incorporación al mercado laboral con un mínimo de permanencia y, lo que es mas importante, con ingresos suficientes para hacer frente a sus propias necesidades, como lo evidencia el hecho de que carezca la misma de domicilio independiente viéndose obligada a vivir con familiares o amigos, de ahí que haya de reputarse justificada en este momento la suspensión que se solicita de la prestación fijada en la recurrida, hasta en tanto la misma vuelva a tener ingresos.

CUARTO.- El carácter indisponible de la obligación de alimentos debidos a los hijos menores, ya razonada, hace que no pueda sin mas acogerse la exención que se pretende del mes de vacaciones en que las hijas estén en compañía de la recurrente, por el hecho de haber sido así acordado en el proceso previo de divorcio de mutuo acuerdo.



La practica judicial mayoritaria, en criterio que ha sido reiteradamente aplicado por esta Sala es contrario tal exención, tanto porque no puede desconocerse que en la fijación de la concreta contribución del progenitor no custodio a los alimentos de los hijos menores de edad se viene partiendo de un computo anual y global de las percepciones del obligado que después, a efectos de cuantificar tal contribución, se divide en 12 mensualidades, cuanto porque existen necesidades de los hijos no encuadrables en una periodicidad mensual, tales como las de comienzo de curso escolar, vestido, vivienda, etc., compensándose de esta forma aquellos meses en que los gastos puedan ser menores con otros en los que es evidente que los desembolsos que se han de verificar son superiores.

Por ultimo en relación al porcentaje de participación en los gastos extraordinarios de ambos progenitores, es evidente que, por su naturaleza de alimentos, está ha de ser proporcional a los ingresos de cada uno de ellos, y en este caso, aunque no consta acreditada cual es la real situación económica e ingresos del padre custodio, pese a la amplia documentación fiscal aportada a los autos al respecto, lo cierto es que es indudable que estos siempre han sido superiores a los de la madre, aun en la época en que esta tenia una mayor estabilidad en el trabajo, hasta el punto de haberle permitido hasta la fecha y desde el divorcio hacer frente prácticamente en exclusiva a las necesidades de alimentación de las dos hijas comunes, de ahí que se reputa justificada la minoración del porcentaje de contribución que se postula en el recurso, con independencia de la procedencia de acordar la suspensión de tal obligación en este momento.

QUINTO.- El recurso por ello se estima en forma parcial lo que determina no proceda hacer expreso pronunciamiento acerca de las costas causadas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398 2º de la L.E.Civil .

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente:

FALLO

Se acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por **DOÑA Elena** contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Siero en auto de modificación de medidas núm. 474/2012 seguidos contra la misma a instancia de **DON Lucas** , a que el presente rollo se refiere, la que se **REVOCA PARCIALMENTE** en cuanto se fija el porcentaje de participación en los gastos extraordinarios que establece en el 70% el padre y 30 % la madre, y se suspende temporalmente desde el mes de junio de 2013, tanto esta contribución de la recurrente a los gastos extraordinarios como el abono de la contribución a los alimentos ordinarios de las dos hijas comunes fijada en la recurrida, que se reanudara automáticamente en el momento en que la misma obtenga ingresos.

En lo demás se confirman sus pronunciamientos.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia cabe interponer en el plazo de veinte días recurso extraordinario por infracción procesal y/o, casación, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 Euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia gratuita, el M. Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local, u organismo autónomo dependiente.

Asi por esta nuestra Sentencia, lo pronuncia, manda y firma la Sala.