



Roj: **SAP GR 221/2018 - ECLI:ES:APGR:2018:221**

Id Cendoj: **18087370052018100095**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **5**

Fecha: **16/03/2018**

Nº de Recurso: **520/2017**

Nº de Resolución: **104/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAMON RUIZ JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO Nº 520/2017 - AUTOS Nº 357/2016

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE DIRECCION000

ASUNTO: MODIFICACION DE MEDIDAS

PONENTE ILMO. SR. D. RAMÓN RUIZ JIMENEZ

S E N T E N C I A Nº 104/2018

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO

MAGISTRADOS

D. RAMÓN RUIZ JIMENEZ

D. JOSE MANUEL GARCIA SANCHEZ

En la Ciudad de Granada, a dieciséis de marzo de dos mil dieciocho.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo nº 520/2017- los autos de MODIFICACION DE MEDIDAS nº 357/2016 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 DE DIRECCION000 , seguidos en virtud de demanda de DOÑA Encarna contra DON Luciano , siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- Que, por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha treinta de mayo de dos mil diecisiete , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Que estimando la solicitud formulada se fijan como medidas relativas al hijo común de las partes las siguientes:1)La patria potestad será compartida. 2) La guarda y custodia se atribuye a la madre. 3) En cuanto al régimen de visitas , a falta de otro acuerdo, el progenitor no custodio podrá tener consigo a la menor según el siguiente régimen: Fines de semana alternos desde las 11:00 horas del sábado hasta las 19:00 horas del domingo, con pernocta. La recogida y devolución de las menores se realizará en el domicilio de residencia de la madre. El régimen de visitas queda condicionado al establecimiento de la residencia del menor en España. 4) Como pensión de alimentos , procede fijar una pensión de alimentos a cargo del padre en la cuantía CIENTO CINCUENTA EUROS mensuales (150,00 euros). Esta cantidad se ingresará anticipadamente, dentro de los cinco primeros días de cada mes. La cantidad será ingresada en el número de cuenta en que viniera realizándose hasta la fecha o, en su caso, en la que designe la parte actora, y será actualizada con la variación del IPC que publique anualmente el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. 5) Los gastos*



extraordinarios que genere el menor serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores. Dichos gastos se contraponen a los ordinarios. Para ser calificado de gasto extraordinario debe ser: Necesario en contraposición a lo superfluo o secundario, de lo que evidentemente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista. No tener una periodicidad prefijada. Ser imprevisible en cuanto dimanante de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística. Ser acordes y asumibles por el caudal del alimentante. Se considerarán gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros médico y los extraescolares. 6) En cuanto al **uso de la vivienda familiar** no ha lugar a pronunciarse al no existir al tiempo de la demanda. No se hace expresa declaración sobre el abono de las costas causadas." .

SEGUNDO .- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el demandado al que se opusieron la parte demandante y el Ministerio Fiscal; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO .- Que, por este Tribunal, se han observado las formalidades legales en esta alzada.

Siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. RAMÓN RUIZ JIMENEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La sentencia que se recurre estima la solicitud formulada y fija las medidas personales y patrimoniales en relación al hijo común de quienes son parte. La demanda se promovió por doña Encarna frente a don Luciano ; se alegaba haber convivido durante mas de 10 años y ser padres de un hijo, Juan Ramón , nacido el NUM000 .2000, que habían tenido su domicilio en DIRECCION001 la demandante y el demandado, sin que el Sr. Luciano haya contribuido con suma alguna para alimentos del hijo.

SEGUNDO.- El demandado, que se ha mantenido en rebeldía, recurre la sentencia, descansando su recurso en estimar falta de competencia territorial, negando que el ultimo domicilio lo fuera en Agarinejo, siendo Bolivia su último domicilio familiar. Cierto cuando afirma que la posición de rebeldía no comporta admisión de hechos, pero igualmente que la sola negativa a los que se contienen en la sentencia no cabe sin argumento o prueba alguna negarla. Admite que ambos progenitores se vienen a España, quedando el hijo en Bolivia.

No cabe en esta segunda instancia, en la que de otra parte no se ha solicitado prueba por el apelante, alegar hechos que quedaron precluidos al situarse en rebeldía, y no es posible acoger la desestimación de la demanda que predica por el solo hecho, que consta admitido incluso de que el hijo de quienes son parte, resida temporalmente en su país de origen, cuando lo cierto es que el ultimo domicilio conocido de la pareja lo fue en España, sin prueba alguna que acredite otra cosa.

El 22 ter LOPJ dispone que 2. Se entenderá, a los efectos de este artículo, que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual. Por su parte el 22 quater dispone que c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan **nacionalidad** española.

En relación con la cuestión de competencia territorial planteada, dispone el artículo 769 de la LEC, en su párrafo primero, que "será Tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será Tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado".

La parte no propuso la cuestión de competencia en su momento y no presenta prueba, antes al contrario de que residencia del Matrimonio lo es en España, lo que comporta el rechazo del recurso.

Los demás argumentos acerca de su situación aceptada de rebeldía no son asumibles por carentes de sustento probatorio alguno, y pudo la parte solicitar prueba sobre este extremo, lo que no hace.

TERCERO.- La desestimación del recurso ha de comportar la condena a la parte apelante de las costas generadas en la alzada (arts. 398 y 394 LEC).



Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

FALLO:

DESESTIMAR el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Doña María José Ruiz López en nombre y representación de Don Luciano contra la sentencia de treinta de mayo de dos mil diecisiete dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de DIRECCION000 en los autos de Modificación de Medidas Nº 357/2016 seguidos a instancias de Doña Encarna contra Don Luciano , en los que igualmente ha sido parte el Ministerio Fiscal, de los que dimana el presente rollo, **CONFIRMANDO la misma, imponiendo al apelante las costas de esta alzada .**

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma pueden interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución del/los depósito/s en cuantía de 50 euros por cada recurso que se interponga, debiendo ingresarlo/s en la cuenta de esta Sala abierta en Banco Santander nº 3293 indique nº cuenta-expediente judicial 052017, utilizando para ello el modelo oficial, debiendo indicar en el campo "Concepto" que se trata de un recurso seguido del código "04"/" 06" y "Recurso Extraordinario por infracción procesal"/"Recurso de Casación", de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O. 6/1985 del Poder Judicial , salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5 de la misma y quienes tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. A los efectos previstos en los artículos 471 y 481.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a las partes que, de necesitarla, podrán solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. RAMÓN RUIZ JIMENEZ, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando Audiencia pública la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial en el día de su fecha, de conformidad con lo previsto en los arts. 120.3 CE y 204.3 LEC .-

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,