

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
Sala de lo Civil
Sección 24.ª

Sentencia 165/2012, de 15 de febrero de 2012

RECURSO Nº: 1060/2011

Ponente Excmo. **Sr. MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

EN MADRID, A 15 DE FEBRERO DE 2012.

Vistos y oídos en grado de apelación por **la Sección 24.ª de esta Audiencia Provincial de Madrid**, los autos de Divorcio nº 418/09, procedentes del **Juzgado de Primera Instancia nº 75 de Madrid**. De una, como apelante D.ª. Sandra, representada por la Procuradora D.ª. PILAR RODRIGUEZ BUESA.

Y de otra, como apelado D. Fernando.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D.ª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha de 22 de septiembre de 2011, por el **Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid**, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimando parcialmente la demanda formulada por D.ª. Sandra, representada por el Procurador de los Tribunales D.ª. M.ª del Pilar Rodríguez Buesa contra **D. Fernando, declarando en rebeldía** procesal, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

Se acuerda:

1.º.- Otorgar a la madre Sra. Sandra, la guarda y custodia de la hija menor de edad, Eliana Estefanía, siendo la patria potestad compartida.

2.º.- No procede fijar régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

3.º.- No procede fijar pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio.

4.º.- Se atribuye a la menor y a la madre y uso y disfrute de la vivienda familiar.

5.º.- Cargas familiares serán abonadas al 50% (préstamo hipotecario, seguro vivienda, I.B.I.)."

6.º.- El resto de obligaciones que hayan contraído se abonarán conforme a lo dispuesto en el título constitutivo de las mismas.

No procede hacer pronunciamiento sobre las costas causadas."

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpuso Recurso de Apelación por la representación de D.ª. Sandra, mediante escrito de fecha 30 de junio de 2011, en base a las alegaciones contenidas en el mismo, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia de divorcio recaída a fecha 22 de septiembre de 2010, interpone recurso de apelación la representación procesal de la parte actora D.ª Sandra, para solicitar de la Sala la revocación de la disuelta y el establecimiento de una pensión de alimentos a favor de la hija común de los litigantes de 500 € al mes a cargo del padre, así como **el abono por este del 100 % de las primas de seguro de vida y demás conceptos que de este deriven**.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso, solicita su desestimación e íntegra confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En el supuesto de autos, [el progenitor masculino demandado se encuentra en situación de rebeldía procesal](#), que ha sido declarada después de intentarse sin éxito la averiguación de su paradero.

Consta en las actuaciones que por funcionario de policía se estableció contacto en el nº de teléfono que de D.º Fernando figuraba en la base de datos de la DGT, siendo la llamada atendida por la actora, quien informo de que [este había regresado a su país de origen, sin intención de volver a España](#).

En virtud de escrito de fecha de presentación 5 de julio de 2.010, solicito la representación procesal de D.ª Sandra, se entendieran en el proceso las comunicaciones con la adversa por edictos, al resultar imposible la determinación de su domicilio, y edictalmente se han llevado a cabo aquellas con D. Fernando, incluida la citación al acto de la vista.

Dicho ello, ha de tenerse en consideración, máxime en las circunstancias descritas, que [la mera situación de rebeldía procesal no exonera a la demandante de la carga de probar los extremos en que base sus pretensiones](#).

Se razona en la disentida que no pueden tenerse por ciertos los hechos y datos contenidos en la demanda, y que respecto de los mismos no es factible tener al demandado por confeso, cuando la situación actual no se corresponde con la existente al tiempo de la separación de hecho, de modo que no puede partirse de la realización por su parte del mismo trabajo ni de la percepción de iguales ingresos.

Se argumenta además que la progenitora femenina ha experimentado un incremento en sus medios económicos, por cuanto cifro su salario en el escrito generador del proceso en 650 € mensuales, cuando ahora reconoce ingresar 740 € al mes por el trabajo que realiza en horario de mañana, y otros 420 € mensuales más por el que desempeña en el de tarde, viniendo ahora dada de alta en el sistema público de la Seguridad Social, a diferencia de lo que acontecía al tiempo de la separación de hecho.

Por todas estas circunstancias, considera la Juez ["a quo" no procedente fijar una cuantía a la pensión de alimentos a favor de la menor Eliana Estefanía](#), hija común de los litigantes, [no obstante reconociendo su derecho a ellos, si bien a determinar](#), de variar las examinadas, en el correspondiente proceso de modificación de medidas, por los cauces del artículo 775 de la L.E.Civil.

Y dicho criterio decisorio ha de ser mantenido en esta alzada, en la que no se desvirtúan los argumentos de la Juez de primera instancia, que por cierto, plenamente coinciden con los del Ministerio Fiscal, quien interviene de manera necesaria en este proceso, en cuanto afecta a una menor de edad (art. 749.2 de la L.E.Civil) en cuyo exclusivo beneficio actúa, y en cuyo favor interesó en el acto de la vista practicada a 21 de septiembre de 2.010, [no se fijara cuantía a la pensión de alimentos por ser absolutamente desconocida la capacidad de pago del padre, y habida cuenta la evidente dificultad de dar cumplimiento en ejecución a un pronunciamiento de este tipo](#).

Este argumento se suscribe y comparte por la Sala, que lo considera modulado y prudente, pues es más beneficioso para esta niña no fijar importe de pensión, al ser dudosa la posibilidad de pago, teniendo en consideración que [de no ser realistas, podemos abocar al obligado a incumplimientos en una materia en la que estos rozan la esfera del derecho penal, al que ha de darse intervención mínima en todo ámbito, sin dar lugar a otra consecuencia que generar una deuda por alimentos de difícil satisfacción por la vía de ejecución de título judicial](#).

Por lo demás, esta menor no queda por completo desamparada, pues su progenitora femenina, con la que convive, dispone de medios suficientes para colmar todas las atenciones que precisa Eliana Estefanía, sin que queden carencias en esta al descubierto por la ausencia de pensión de alimentos a satisfacer por D.º Fernando, cuya única contribución actual se contrae, en el marco del alojamiento, a sufragar la mitad de las cuotas de amortización de la hipoteca con la que viene gravada la vivienda familiar de naturaleza ganancial, en su uso atribuida a la menor, así como el 50 % del I.B.I., y del seguro del hogar.

Ha de confirmarse el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia en orden a la pensión de alimentos, al ser modulado y prudente, con desestimación del concreto motivo de recurso.

TERCERO.- El 2º motivo de recurso ha de correr igual suerte desestimatoria que el anterior, al ser absolutamente correcta la decisión de la Juez ["a quo"](#), toda vez que [la pretensión de que se vincule al progenitor masculino no custodio al abono al 100 % de un seguro de vida, es por completo](#)

impropia de un proceso de familia como es el presente, de divorcio en el que nos encontramos, debiendo ser abonadas las primas correspondientes por los litigantes a la entidad aseguradora, en los términos en que con esta se comprometieron, estando a lo dispuesto en el título constitutivo de la obligación, en función de su clausulado, tal y como con acierto se razona en la disentida, pues, **reiteramos, es extraño tal seguro de vida al litigio matrimonial** y a los límites de lo que puede ser en este resuelto, toda vez que deriva la deuda de un contrato con naturaleza y sustantividad propia, cuyo cumplimiento, debe exigirse en el juicio que corresponda, al margen del presente de divorcio.

CUARTO.- En definitiva, **no acredita la apelante en la alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor** por parte de la Juez de 1º grado, ni se desvirtúan sus argumentos basados en la valoración en su conjunto, y conforme a las reglas de la sana crítica, del material probatorio obrante en autos, recordando que en esta materia de apreciación de la prueba, reiteradamente se ha venido señalando por esta Sala, en concordancia con la doctrina del Tribunal Supremo, que **la amplitud del recurso de apelación permite al órgano "ad quem" examinar el objeto de "litis" con igual extensión y potestad con la que lo hizo el Juzgador "a quo"** y que por tanto no está obligado a respetar los hechos probados por éste, en cuanto no alcanzan la inviolabilidad de otros recursos como es el de casación.

Ahora bien, tampoco puede olvidarse que **la práctica de la prueba se realiza ante el Juzgado de Instancia, y éste tiene ocasión de percibir con inmediación las pruebas practicadas**, es decir, de estar en contacto directo con las mismas y con las personas intervinientes.

En suma, **el principio de inmediación**, que aparece en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y con mayor énfasis en la nueva L.E.C., que conforme el proceso civil debe concluir **"ad initio"** por **el respeto a la valoración de la prueba practicada realizada** por el Juzgador de instancia, salvo, excepción, que aparezca claramente que, en 1º lugar, **exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba** o, en 2º lugar, **que el propio relato fáctico sea oscuro**, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio.

Prescindir de lo anterior es sencillamente modificar el criterio del Juzgador por el interesado y subjetivo de la parte recurrente.

Pero aún más, **en modo alguno puede examinarse la valoración de la prueba por el Juzgador "a quo" mediante el análisis de la prueba (cualquier medio de prueba) de forma individualizada sin hacer mención de una apreciación conjunta que es la que ofrece el Juzgador.**

En definitiva, aunque el Tribunal Superior u órgano **"ad quem"** tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas con las partes (quaestio iuris) para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas de aplicación al caso (SSTS. 21/abr/93, 5/may/97, 31/mar/98 y TC.S. 3/96 de 15 de enero), no es menos cierto que **no puede ignorarse que, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas a la inmediación judicial, el Juez "a quo" tiene elementos más fundados para su más precisa apreciación y por tanto su mejor valoración en relación a los supuestos de hecho que constituyen el "factum" debatido.**

Por estas razones, en materia de apreciación de la prueba, conforme a una reiterada Jurisprudencia, se afirma que es facultad de los Tribunales, sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza -principio dispositivo y de rogación-, pero en forma alguna **tratar de imponerlas a los Juzgadores** (STS de 23 de septiembre de 1996), pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgado de instancia hizo de toda la prueba practicada por la que realiza la parte recurrente, función que corresponde, única y exclusivamente, al juzgador **"a quo"** y no a las partes (STS de 7 de octubre de 1997).

De esta suerte, [el error en la valoración de la prueba sólo podrá acogerse cuando las deducciones o inferencias de la sentencia impugnada resulten ilógicas, irracionales o absurdas atendida la resultancia probatoria](#), lo cual no ha acontecido en el caso enjuiciado, dado que la apreciación de la prueba realizada en su conjunto por la juzgadora de instancia, basada en las reglas de la sana crítica, no ha resultado arbitraria ni irracional, por lo que resulta improcedente realizar una nueva valoración sobre este extremo, concluyéndose que la misma ha de ser ratificada por este Tribunal (Cfr. STS de 16 de octubre de 2000).

QUINTO.- Pese a la desestimación del recurso no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en esta alzada, en atención a la naturaleza de la materia que nos ocupa, a las circunstancias concurrentes, jurisprudencia recaída en supuestos análogos y posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la L.E.Civil.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

III.- F A L L A M O S

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D.^a. Sandra, representada por la Procuradora D.^a. PILAR RODRIGUEZ BUESA, contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2011, del [Juzgado de 1ª Instancia nº 75 de Madrid](#), en autos de Divorcio nº 418/09; seguidos con D. Fernando, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución; todo ello sin imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguno de los litigantes.

Deberá darse legal destino al depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución, haciendo saber a las partes que contra la misma puede interponerse recurso de casación o extraordinario por infracción procesal de concurrir los presupuestos establecidos en el art.º. 466 y siguientes de la L.E.Civil, para ante el Tribunal Supremo en el plazo de 20 días siguientes al de la notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo.

Certifico en Madrid a 15 de febrero de 2012dos mil doce.