

Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Alicante/Alacant
Sección: 4
N.º de Recurso: 190/2013
N.º de Resolución: 358/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MANUEL BENIGNO FLOREZ MENENDEZ

En ALICANTE, a 26 de septiembre de 2013

La Sección IVª de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y EN NOMBRE DE S.M. EL REY ha dictado la siguiente SENTENCIA N.º 000358/2013

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante D. Valeriano, representada por la Procuradora Sra. GALLEGO ARIAS, M. FERNANDA y asistida por el Ldo. Sr. ESTAÑ CARVAJAL, ALBERTO, frente a la parte apelada M.º. FISCAL y D.ª. María Ángeles, representada por el Procurador Sr. IVORRA MARTINEZ, JUAN y asistida por la Lda. Sra. ARMENDIA SANTOS, CARMEN, contra la sentencia dictada por **el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE**, habiendo sido Ponente el **Ilmo Sr. D. Manuel B. Flórez Menéndez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE ALICANTE**, en los autos de juicio Modificación Medidas Contencioso - 001567/2011 se dictó en fecha 25-10-12 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO** la demanda de modificación de medidas definitivas deducida por el Procurador Sr. Iborra Martínez en nombre y representación de María Ángeles frente a Valeriano.

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda deducida por la Procuradora Sra. Gallego Arias en nombre y representación de Valeriano frente a María Ángeles, **SE ACUERDAN** las siguientes medidas definitivas, manteniéndose el resto de pronunciamientos existentes en el procedimiento de Divorcio:

1.- En concepto de alimentos para sus hijos, Jesús y Natalia, menores de edad, **el padre abonará el importe de 800 € mensuales** por cada uno de ellos, que se abonarán dentro de los 5 primeros días de cada mes con carácter anticipado en la cuenta bancaria que, designe la madre, que se adaptará anualmente a las variaciones del coste de la vida mediante la aplicación del IPC.

Quedando las partes obligadas a su exacto cumplimiento, y todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante D. Valeriano, habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000190/2013 señalándose para votación y fallo el día 25-09-13.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-En contra de lo que alega la parte apelada, el recurso interpuesto frente a la sentencia dictada en el incidente de modificación de medidas de divorcio tramitado en la instancia ha sido correctamente admitido:

A.- Al interponer el recurso la parte apelante manifestó haber constituido el depósito exigido por la disposición adicional 15.ª LOPJ, pero no presentó el oportuno resguardo, por lo que el Juzgado en diligencia de ordenación de fecha 31-1-2013 le dio un plazo de 2 días para subsanar tal defecto.

Esta medida es preceptiva a tenor del apartado 7 de dicha disposición y en absoluto depende de que en el escrito correspondiente la parte interesada manifieste o no estar dispuesta a subsanar los defectos en que pueda incurrir.

B.- En dicho apartado queda también claro que el trámite de subsanación ha de abrirse también en caso de omisión del depósito, que era lo que en realidad sucedía, por lo que con independencia de la literalidad de la resolución el depósito podía constituirse dentro de ese plazo.

C.- En las actuaciones no consta la notificación de la referida diligencia de ordenación a la parte apelante, pero dando por supuesto que lo hubiera sido al día siguiente a su fecha, es decir, el 1-2-2013, resulta que el depósito se constituyó el primer día hábil siguiente (el 4-2-2013, folio 219) y el resguardo se presentó el segundo día hábil (5-2-2013, folio 218), de manera que el defecto inicial del recurso quedó debidamente subsanado.

SEGUNDO.-La 1ª cuestión que suscita el recurrente es la legislación reguladora de las relaciones familiares. La sentencia de instancia ha rechazado la aplicación de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, argumentando que el padre no tiene vecindad civil valenciana.

Pero esta circunstancia es irrelevante, porque [lo decisivo conforme al art. 2 de la Ley 5/2011 no es la vecindad civil de los padres sino la de los hijos.](#)

En el caso presente la cuestión se ha planteado de manera dudosamente correcta en la instancia por parte del mismo apelante, al formular ex novo la [reclamación de compensación por uso de la vivienda](#) en la contestación a una de las demandas acumuladas, y ello es lo que en buena parte explica que no haya prueba completa de todos los hechos relevantes.

Pero en función de los que son conocidos **ha de afirmarse la vecindad civil valenciana de los hijos:**

A.- El padre nació en Madrid y la madre en Alicante. No consta el lugar en que residieron hasta el nacimiento de los hijos, y en concreto no hay prueba de que la madre haya residido fuera de la Comunidad Valenciana más de 10 años seguidos. Tampoco hay constancia de que haya optado legítimamente por otra vecindad civil en los términos permitidos por el art. 14-5 CC.

En consecuencia ha de presumirse que al tiempo del nacimiento de los hijos los padres tenían la [vecindad civil correspondiente a su lugar de nacimiento](#), tal y como establece el art. 14-6 CC.

B.- Sentado lo anterior, al tener los padres vecindad civil diferente y no haberse determinado ninguna de las filiaciones con anterioridad a la otra, por aplicación del [art. 14-3 CC la vecindad civil de los hijos es la que corresponde a su lugar de nacimiento](#), y ambos nacieron en Alicante según consta en las certificaciones correspondientes (folios 23 ss).

C.- No hay ningún elemento de prueba indicativo de que esta vecindad civil originaria de los hijos se haya modificado.

TERCERO.- Al ser de aplicación la Ley 5/2011 tiene razón el apelante cuando pretende que le sea [reconocido el derecho a compensación por el uso de la vivienda familiar](#), derecho que el convenio regulador no pudo lógicamente contemplar porque fue firmado antes de la entrada en vigor de la Ley.

[Este derecho se ha hecho valer en términos procesalmente dudosos](#), como ha quedado indicado, pero esta circunstancia no constituye impedimento pues la parte contraria la pasó por alto en el acto del juicio, defendiéndose de la reclamación por considerarla una válida ampliación de la demanda. Se alega en contrario la circunstancia de que el esposo tiene su residencia en Méjico por razones laborales, pero esto tampoco es un obstáculo de fondo, ya que lo que [el art. 6 de la Ley 5/2011 persigue es compensar "la pérdida de uso y disposición privativa... o común", lo que vale tanto como decir la pérdida de determinadas facultades inherentes a la propiedad](#) y entre ellas no sólo figura el uso directo y personal sino también la posibilidad de obtener un beneficio económico mediante el arrendamiento o la venta inmediata, posibilidades que naturalmente no dependen del lugar de residencia del propietario. En consecuencia, ha de reconocerse al apelante esta compensación que en función de los datos conocidos sobre las características de la vivienda se fija ponderadamente en la cantidad que se determinará en el fallo.

CUARTO.-La [sentencia ha reducido la pensión de alimentos de los hijos](#), respecto de lo pactado en el convenio regulador, [a la suma de 800 euros mensuales para cada uno de ellos.](#)

Este pronunciamiento ha de mantenerse, dando por reproducidos los razonamientos de la sentencia, toda vez que no consta un efectivo empeoramiento de la situación económica del apelante (máxime cuando si se consideran las características de su trabajo, que sólo se cuenta con la documentación por él aportada y que la parte contraria hizo en su momento invocación fundada del art. 304 LEC por su incomparecencia para ser interrogado en juicio) y el Juzgado ya ha hecho una minoración razonable en función de la única circunstancia relevante que puede considerarse alterada, que es el cambio de centro escolar al que acuden los hijos, con los menores gastos que comporta su escolarización en un centro público.

Debe por último ponderarse en este sentido que por el paso del tiempo han caducado otras prestaciones económicas a cargo del padre (en particular, las de la cláusula Vª del convenio regulador) y que en lo sucesivo se beneficiará de la compensación de que se ha tratado en el fundamento jurídico anterior.

QUINTO.-Al estimar en parte el recurso no ha lugar a pronunciamiento sobre costas de la alzada (art. 398-2 LEC).

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

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Valeriano, representado por la Procuradora Sra. Gallego Arias, contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Alicante, con fecha 25 de octubre de 2012, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución, en el sentido de establecer a favor del apelante y a cargo de D.ª. María Ángeles **una compensación de 200 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar** común sita en Alicante, CALLE000 n.º NUM000, bloque NUM001 - NUM002, cantidad que se actualizará anualmente por aplicación del IPC y se ingresará en la cuenta bancaria que el interesado designe, por meses anticipados dentro de los 5 primeros días de cada mes, confirmando la sentencia en cuanto a sus demás pronunciamientos y sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia.

Dese el destino legal al depósito constituido para el recurso.

Esta sentencia será susceptible de recurso de casación por interés casacional, siempre que se cumplan los específicos presupuestos de este recurso que prevé el art. 477-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de 20 días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme determina el art. 248 LOPJ y, con testimonio de la misma, dejando otro en el rollo, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo.

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