



Roj: **SAP B 8937/2018 - ECLI: ES:APB:2018:8937**

Id Cendoj: **08019370182018100576**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **25/09/2018**

Nº de Recurso: **121/2018**

Nº de Resolución: **618/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0809642120148280212

Recurso de apelación 121/2018 -B

Materia: Proceso especial contencioso separación

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Separación contenciosa 1702/2014

Parte recurrente/Solicitante: Alexander

Procurador/a: Carlos Vargas Navarro

Abogado/a: JORDI PACHO OBRADORS

Parte recurrida: Raimunda

Procurador/a: Carla Suarez Nart

Abogado/a: NURIA BLASCO YUSTE

SENTENCIA Nº 618/2018

Magistrados:

D Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Margarita B. Noblejas Negrillo

Dª Myriam Sambola Cabrer (ponente)

Barcelona, 25 de septiembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 7 de febrero de 2018 se han recibido los autos de Separación contenciosa 1702/2014 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Carlos Vargas Navarro, en nombre y representación de Alexander contra Sentencia 12/07/2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Carla Suarez Nart, en nombre y representación de Raimunda , en el que es parte el Ministerio Fiscal



Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Carlos Vargas Navarro y la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cristina Irmirizaldu Orozco y, en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO formado por Alexander y Raimunda , que fue contraído el 3 de diciembre de 1999 en Buenos Aires (República Argentina) con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento y las siguientes medidas definitivas:

1.-La responsabilidad parental respecto del hijo común, Eladio , será compartida.

2.-Otórgo a la madre, Sra. Raimunda la guarda y custodia del menor.

3.-El padre tendrá el siguiente régimen de estancias:

a)Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas. Al fin de semana se unirán los festivos anteriores y posteriores y puentes escolares.

Las tardes de los martes y jueves escolares desde la salida de colegio hasta las 20 horas.

b)Vacaciones de Navidad, considerando el lógico deseo de la Sra. Raimunda de trasladarse con su hijo a Argentina en esas fechas para pasarlas con su familia y

beneficioso para éste el contacto con su familia extensa, se estima adecuado que todo el periodo de vacaciones escolares, desde el último día escolar hasta el anterior al inicio del curso escolar, corresponda a la madre los años impares y al padre los años pares. El que se inicie en 2017 se considera impar.

c)Vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos periodos: desde el día que finalicen las clases hasta el miércoles Santo a las 20 horas y desde las 20 h del miércoles Santo hasta el comienzo de las clases escolares.

El primer periodo corresponderá al padre los años pares y a la madre los impares.

d)Las vacaciones de verano se repartirán en los siguientes periodos: 1.- Desde el último día de colegio hasta el 1 de julio a las 20 horas, 2.- desde ese momento hasta hasta el 1 de agosto a las 20 horas, 3.- desde ese momento hasta el 1 de septiembre a las 20 horas y 4.- desde ese momento hasta el día anterior al de inicio del curso escolar a las 20 horas.

Corresponderá a la madre el primer periodo en los años pares y al padre los impares y a partir de ahí se producirá la alternancia.

* Fuera de los supuestos de recogida del menor en el colegio, las recogidas y entregas se realizarán por el padre en el domicilio de Eladio (que es el de la madre).

* Durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano quedará en suspenso el régimen de días intesemanales y fines de, semana aliemos.

3.-Cada progenitor deberá comunicar al otro, con un preaviso mínimo de 30 días, su intención de cambiar de domicilio o salir de viaje fuera de España con el menor.

Si el cambio de domicilio de un progenitor es incompatible con el régimen de guarda o estancias establecido requiere consentimiento de ambos o autorización judicial.

Cada progenitor deberá facilitar al otro una dirección de correo electrónico a través del cual tratarán de las cuestiones que afecten al menor de forma subsidiaria, es decir, para el caso de que uno de los dos no considere conveniente tratar tales cuestiones de forma presencial y/o telefónica.

4.-Se otorga el uso del domicilio (CALLE000 , nº NUM000 de DIRECCION001) y ajuar familiar a la esposa, Sra. Raimunda durante un plazo de cinco años.

5.-En concepto de pensión alimenticia para el hijo el padre abonará a la Sra. Raimunda la cantidad de 250 euros mensuales, con carácter anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes actualizable cada primero de enero con arreglo al IPC de la comunidad autónoma de residencia del menor.

La realización de actividades extraescolares por el menor requerirá conformidad de los dos progenitores tanto en la actividad como en el gasto sin perjuicio de poder acudir en caso de discrepancia a mediación o a la autoridad judicial para que decida sobre su conveniencia.

Los gastos extraordinarios del hijo se satisfarán por mitad. Se entiende por gastos extraordinarios aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios y a los extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada.



Y ello sin condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad. "

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 18/09/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada Myriam Sambola Cabrer .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de divorcio de julio de 2017 es apelada por el actor que denuncia la infracción de los artículos 233-11 CCC, 237 CCC y 218 LEC . Está disconforme con la guarda materna , con las visitas establecidas y también con la omisión de pronunciamiento sobre la liquidación del régimen matrimonial. Solicita que se acuerde la guarda compartida del hijo en la forma que detalla su plan de parentalidad, se aporten 80 euros/mes por cada padre a una cuenta mancomunada para los gastos ordinarios y extraordinarios del hijo o bien se fije una pensión de alimentos de 150 euros a su cargo y por último pide se declare la disolución del régimen económico matrimonial y la obligación de las partes de formalizar un inventario una vez recaiga la sentencia de divorcio para la liquidación del régimen. La madre se ha opuesto al recurso y también el Ministerio fiscal. Se tiene por no formulada la impugnación consignada en el escrito de oposición al no recurrir la diligencia de ordenación de 23 de enero de 2018 (596)

SEGUNDO .- Aún cuando finalmente no se haya planteado controversia sobre la ley aplicable cabe hacer una consideración previa Aun cuando finalmente no se haya planteado controversia sobre la ley aplicable cabe hacer una consideración previa sobre la competencia y ley aplicable a este procedimiento y a las medidas controvertidas por tratarse de cuestiones que deben plantearse de oficio. Ambos esposos son de **nacionalidad** uruguaya, contrajeron matrimonio en Montevideo en abril de 1988 y residen en España desde 2001. Se plantea la demanda en 2014..

Los Tribunales españoles son competentes para conocer del procedimiento de divorcio en virtud del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, art. 3 por residencia habitual de los dos cónyuges y la ley aplicable al divorcio viene determinada por el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III), art. 8 que determina como ley aplicable la ley de la residencia habitual en el momento de presentar la demanda (ley española).

La competencia para conocer de la prestación compensatoria la determina el Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos cuyo ámbito objetivo viene establecido en el artículo 1 que dispone que "El Reglamento es aplicable a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad". El concepto de alimentos en Derecho Internacional es más amplio que el concepto de alimentos de nuestro Derecho interno en tanto engloba toda prestación reconocida en la ley entre cónyuges y por tanto comprende la pensión compensatoria. Nos encontramos ante un concepto propio del Derecho Internacional privado de producción comunitaria que engloba toda obligación de alimentos derivada de una relación de familia. La competencia la determina el art. 3 del referido Reglamento - órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la **nacionalidad** de una de las partes -. Conforme a cualquiera de estos criterios son competentes los Tribunales españoles.

La ley aplicable a la pensión compensatoria también la determina el Reglamento 4/2009 que se remite, en materia de derecho aplicable en su artículo 15 a lo establecido en el Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007. Conforme a los artículos 3 y 5 del Protocolo es aplicable el Codi Civil de Catalunya - ley del Estado de la residencia habitual del acreedor-.

Conforme al Reglamento UE 2016/1103 de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia , ley aplicable , el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial aplicable en este contexto y dictado con la finalidad de



permitir un conocimiento conjunto de todos los efectos derivados en este caso de una crisis matrimonial, el órgano jurisdiccional competente para resolver en los procedimientos de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 también deberá resolver, si los cónyuges están de acuerdo, sobre la liquidación del régimen económico matrimonial resultante del divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio.

TERCERO.- La guarda del hijo y las relaciones paternofiliales.

La sentencia razona de forma acertada y conforme con el resultado de la prueba practicada sobre esta cuestión. La guarda materna es el sistema que mejor protege en estos momentos el interés del hijo. El informe del EATAF recoge determinados indicadores que permiten concluir como lo hace la resolución recurrida. El apelante basa su petición de la guarda compartida de forma genérica en el transcurso del tiempo, proximidad de domicilios disponibilidad de ambos padres y edad del menor. Omite cualquier referencia concreta a los indicadores que el informe del EATAF consigna y que la sentencia apelada ha hecho suyos para finalmente concluir que el modelo de guarda materno es el más beneficioso para el hijo de 7 años de edad al tiempo del recurso. Y no hay prueba objetiva de que esos indicadores que revelan distintos estilos educativos y que cuestionan la aptitud del padre (laxitud, sobreprotección, delegación, falta de organización, escasa empatía necesidades hijo) y su disponibilidad (horario laboral por turnos) para un ejercicio funcional de la guarda compartida hayan desaparecido.

El régimen de estancias con el padre también se valora acertado porque sigue en la línea del mismo razonamiento.

CUARTO.- La pensión de alimentos.

La sentencia ha fijado en 250 euros/mes la pensión alimenticia con cargo al padre. El recurrente combate de forma directa los razonamientos de la sentencia sobre esta cuestión y que han llevado a elevar la cuantía inicial hasta los 250 euros. Dice que los dos no pagan la hipoteca y que el abona una renta de 400 euros/mes y pide se fije en 150 euros de mantenerse la guarda materna. La prueba practicada nos lleva a estimar más aquilatada y ajustada a derecho una cuantía de 200 euros/mes con fecha de efectos desde esta sentencia. Y ello sobre la base de que la capacidad económica de ambos es similar y ambos contribuyen en un 50% para la atención de los gastos extraordinarios; la madre tiene unos ingresos de unos 900 euros/mes y el padre de 1.000 euros/mes y paga una renta de 400 euros/mes, la vivienda familiar donde reside la madre con el hijo tiene una hipoteca que no se atiende por parte de ninguno de los obligados a ello y el banco ha comunicado el inicio de procedimiento hipotecario por impago. Se estima en parte este motivo.

QUINTO. - Se aprecia la incongruencia omisiva respecto a la última petición del recurrente. El matrimonio se contrajo en Argentina, ambos son argentinos y el régimen económico matrimonial es el de gananciales según afirman ambos y deriva del artículo 9.2 CCivil dada la **nacionalidad** común. Conforme dispone la ley de aplicación el régimen queda disuelto ex lege con el pronunciamiento del divorcio y así procede declararlo para mayor seguridad de las partes en esta resolución. La liquidación del régimen - formación de inventario, propuesta de liquidación- pertenece a un momento posterior y forma parte de un procedimiento autónomo que deberá seguir el cauce procesal previsto en la Ley de Enjuiciamiento civil en los artículos 806 y ss. Se estima en parte el motivo.

SEXTO. - No se imponen las costas del recurso conforme al artículo 398.2º LEC.

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación deducido por el Procurador Carlos Vargas Navarro en nombre y representación de Alexander contra la sentencia de fecha. 12/07/2017 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de DIRECCION000 en autos de Separación contenciosa 1702/14 de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el único sentido de fijar con fecha de efectos desde la presente resolución en 200 euros/mes la pensión alimenticia con cargo al padre. Permanecen incólumes la forma de pago y el criterio de actualización y se declara disuelto el régimen económico matrimonial; sin imposición de costas.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.



El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ