



Roj: **SAP B 2859/2015 - ECLI: ES:APB:2015:2859**

Id Cendoj: **08019370182015100191**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **23/03/2015**

Nº de Recurso: **145/2014**

Nº de Resolución: **203/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTÈNCIA N. 203/2015**

Barcelona, 23 de març de 2015

Audiència Provincial de Barcelona, Secció Divuitena

Magistrats

D. Francisco Javier Pereda Gámez

D<sup>a</sup>. Margarita Noblejas Negrillo

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Dolors Viñas Maestre (Ponent)

#### **Rotlle n. 145/2014**

Divorci n. 299/2013

Jutjat de Primera Instància n. 7 Badalona

Apel lant: Bienvenido

Advocada: Mercè Torras

Procurador: José Rodríguez Simó

Apel lada: Berta

Advocat: Ferran Díaz Ayeu

Procurador: Luis García Martínez

i el Ministeri Fiscal

### **ANTECEDENTS DE FET**

PRIMER.- La part dispositiva de la sentència apel lada és del tenor literal següent: **FALLO** Estimar parcialmente la demanda interpuesta por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr/a. Luis García Martínez, en nombre y representación de Doña. Berta contra Don. Bienvenido y, en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO formado por ambos, que fue contraído en Montgat el día 15 de enero de 2000, con todos los efectos inherentes a dicho pronunciamiento y acordando las siguientes medidas:

1º La responsabilidad parental de los hijos será compartida entre ambos progenitores.

2º Los menores convivirán habitualmente con la madre y estarán con el padre, a falta de otro acuerdo entre los progenitores:

Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas. Los días festivos y puentes escolares y laborales del padre inmediatamente anteriores o posteriores se entenderán



añadidos a éste recogiendo a los menores el último día escolar a la salida del colegio y reintegrándolos en el domicilio materno a las 20:00 horas del día anterior al siguiente escolar.

c) Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos: desde la salida del colegio al inicio de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas y desde este momento hasta las 20:00 horas del día anterior al primer día lectivo.

d) Las vacaciones de Semana Santa se distribuirán por mitad entre los progenitores procurando compaginar los días de estancia con los festivos laborales de los dos progenitores, para el caso de no poder conciliar según este criterio corresponderá al padre la primera mitad -desde el viernes a la salida del colegio o actividades escolares hasta las 20:00 horas del siguiente miércoles- los años pares y la segunda -desde las 20:00 horas del miércoles referido hasta el día anterior al siguiente escolar a las 20:00 horas- los impares.

e) Los meses de julio y agosto se dividirán en los siguientes periodos: desde las 10 h del 1 de julio hasta las 20 horas del 15 de julio, desde este momento hasta las 10 h del 1 de agosto, desde este momento hasta las 20 h del día 15 de agosto y desde este momento hasta las 20 horas del 31 de agosto. Corresponderán al padre el primero y el tercero los años pares y el segundo y cuarto los años impares. El primer fin de semana de septiembre corresponderá al progenitor que no haya estado en compañía de la menor la segunda quincena de agosto.

Las entregas y recogidas de la menor corresponderán al padre o persona de su confianza en el colegio -en los casos previstos- o en el domicilio de la madre.

g) Ambos progenitores deberán comunicarse recíprocamente el domicilio o lugar de estancia de la menor cuando esté su compañía y teléfono de contacto. Podrán comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación en horario adecuado con el fin de respetar las horas de estudio y descanso.

Durante los periodos vacacionales quedará interrumpido el régimen de visitas de fin de semana. El de fines de semana se reanudará a favor de aquél progenitor que no haya tenido a su hija consigo durante el último periodo vacacional

Los progenitores deberán intercambiar y facilitarse todos los documentos relevantes de los menores directamente o a través de persona de su confianza así como informarse recíprocamente de cualquier incidente relevante que pueda afectar a la salud (enfermedad, accidente, hospitalización o cualquier circunstancia similar) a la educación y a la persona de la menor de la manera más rápida posible.

3º El padre contribuirá a los alimentos de los hijos, además de con la atribución del uso de la mitad de la vivienda familiar, con el pago cada primero de mes de la mitad de la cuota hipotecaria que grava la misma.

Para el caso de que la vivienda familiar fuese vendida y el crédito fuese cancelado el padre abonará a la madre en concepto de alimentos para los hijos la cantidad de 350 euros mensuales -175 euros por hijo- dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre señale al efecto. Esta cantidad se actualizará cada primero de enero conforme a las variaciones que experimente el IPC.

Los gastos extraescolares se sufragarán por mitad pero requerirán previo consentimiento de los padres para la realización de la actividad y del gasto que aquella suponga.

Los gastos extraordinarios de la hija 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, sin perjuicio de su ulterior recurso -en caso de discrepancia en orden a su conveniencia- ante la autoridad judicial.

Todo ello sin imposición de costas."

La Part Dispositiva de la interlocutòria d'aclariment de 25 d'octubre de 2013 és del tenor literal següent:" Estimo la petició formulada por el/la Procurador/a LLUIS GARCIA MARTINEZ de la parte demandante, se corrije y se complementa el FALLO de la sentencia dictada en los presentes autos en el sentido que se relaciona a continuación:

El primer párrafo del punto 2º se identifica con la letra "a)" y los sucesivos de las letras c), d), e), g), pasarán respectivamente a ser identificados con las letras: "b)", "c)", "d)", "e)".

Se introduce un párrafo a continuación del 2º, el 2º bis con la siguiente redacción: "Se otorga el uso del domicilio y ajuar familiar sito en Badalona, AVENIDA000 , nº NUM000 , NUM001 NUM002 , a Berta , en atención a la atribución de la guarda de los menores".

En el último párrafo del punto 3º donde pone "gastos extraordinarios de la hija" debe constar "gastos extraordinarios de los hijos".



Incorpórese esta resolución junto con la sentencia nº 635/13 y llévese testimonio a los autos principales. "

SEGON.- Contra l'anterior Sentència va interposar recurs d'apel·lació la part demandada mitjançant el seu escrit motivat, i es va donar trasllat a la part contrària i al Ministeri Fiscal que van presentar escrit d'oposició; les actuacions es van elevar a aquesta Audiència Provincial

TERCER.- Es va assenyalar per a votació i decisió el dia 17 de març de 2015.

QUART.- En aquest procediment s'han observat i complert les prescripcions legals.

## FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- La part apel·lada demana que no s'admeti a tràmit el recurs d'apel·lació, entenent que esta fora de termini. La sentència va ser notificada el 16-9-2013 i el recurs es va presentar el 27-11-2013, però a petició d'una de les parts es va aclarir la sentència en Interlocutòria de 25-10-2013 notificada el 28-10-2013. El termini per presentar el recurs d'apel·lació comença el dia següent a la notificació de la Interlocutòria d'aclariment segons disposa l' art. 215,4 de la LEC . Entenem que no s'ha presentat fora de termini i que procedeix la seva admissió, com ha acordat el Jutjat d'Instància.

SEGON.- Com a primer motiu d'apel·lació s'al·lega la infracció de l' article 233-8 CCCat . La part actora no va acompanyar amb l'escrit de demanda el pla de parentalitat i entenent l'apel·lant que el Jutge només podia valorar la proposta del demandat.

No compartim la tesis de l'apel·lant. El CCCat exigeix la presentació del pla de parentalitat en els procediments de separació, divorci i nul·litat i de ruptura de parella estable (art. 234-7) quan hi ha fills menors i en els de modificació quan es planteja una modificació d'alguna mesura que integri el seu contingut, sigui el procediment de mutu acord (233-2,2 a) o contenciós (preàmbul i art. 233-11 , 1 i 233 -8,2). En relació a la forma de presentació no hi ha una exigència formal de presentació del pla de parentalitat com a document annex a la demanda. Entenem que el pla de parentalitat es pot presentar com a part que integra el contingut de la demanda/contestació o com a document annex.

La sentència del STSJ de 20-3-2014 (ROJ: STSJ CAT 3099/2014 ) diu que "Pel que fa a les conseqüències que l'esmentat incompliment tingui en el procés, hem de partir del fet que ha d'assegurar-se la deguda proporcionalitat entre el pressupòsit incomplert i una possible nul·litat d'actuacions per la falta d'aquesta exigència legal, no realitzada en el moment processal pertinent, en no resultar conforme amb el dret fonamental d'obtenir una tutela judicial efectiva ni la inadmissió ni la desestimació de les pretensions deduïdes que fins i tot fonamentades en raons establertes pel legislador no pugui estimar-se proporcionada en relació amb els fins constitucionalment protegibles a què els requisits processals pretenen atendre. El TC preconitza, sobre això, una concepció àmplia del dret a la tutela judicial efectiva, entre els quals es troba, principalment, el d'obtenir una resposta fonamentada en dret sobre la pretensió formulada davant un òrgan jurisdiccional competent. I si bé es requereix que aquesta resposta ha de versar, com a regla, sobre els aspectes substantius d'aquella, no s'exclou que la resolució es limiti a pronunciar-se sobre els aspectes adjectius o extrínsecs -formals- de la pretensió, com els relatius a la seva admissibilitat o la impossibilitat de resoldre eficaçment sobre l'anomenada «qüestió de fons». No obstant això, aquesta possibilitat es restringeix als casos en què la inadmissió es fonamenta en raons taxativament establertes pel legislador, que guardin, a més, una relació de proporcionalitat «amb els fins constitucionalment protegibles a què els requisits processals pretenen atendre» (STC 2471999, de 8 de març)".

En el supòsit contemplat la demandant demana la guarda dels fills, fa les indicacions pertinents sobre el lloc on viuran els fills y sobre les estàncies amb el pare i expressa les raons de la seva petició. La conseqüència de la no presentació d'un pla de parentalitat més detallat i en document annex que pretén la part apel·lant és desproporcionada i contrària als interessos dels fills menors i ha de ser rebutjada pel Tribunal. El pla de parentalitat ha de quedar subordinat al principi superior de l'interès del menor, segon ha afirmat la sentència del TSJC de 7-4-2014 (ROJ: STSJ CAT 4200/2014 ). Entenem que els aspectes que conformen el contingut del pla de parentalitat segons l' art. 233-9 CCCat , s'han expressat en la demanda de forma suficient i que no procedeix atendre la petició actora consistent en que es procedeixi a l'aprovació del pla de parentalitat presentat de contrari. En qualsevol cas s'ha de prioritzar l'interès del menor per la qual cosa la conseqüència de la no presentació del pla de parentalitat, cas d'apreciar-se podria conduir a la declaració de nul·litat, però no a apreciar com a única alternativa vàlida la proposta de l'altra part.

TERCER.- El apel·lant demana la guarda de la filla gran nascuda el NUM003 -2000 el que comporta la separació dels germans. L'altra menor ha nascut el NUM004 -2003. El fonament de la seva petició és bàsicament la voluntat expressada per la filla que vol anar a viure amb el seu pare. Aquesta voluntat ha estat expressada també a l'exploració judicial i la mare també va reconèixer a la vista que la seva filla li havia dit que volia viure amb el seu pare.



La voluntat expressa per la menor no és vinculant. La STSJC de 9-1-20144 (ROJ STSJ CAT 5/2014) diu que "El dret del menor a ser escoltat abans de prendre una decisió que el pugui afectar no significa, no obstant això, que la seva opinió o la seva voluntat hagin de ser determinants en la resolució que s'adopti. El seu criteri s'ha de tenir en compte però no pot erigir-se en element decisor. En un altre cas s'incorreria en el risc de convertir els menors en subjectes i en objectes de la disputa dels seus pares.

Així ho determina amb claredat l'article 233-11.1 que obliga a una ponderació conjunta dels criteris tinguts en compte, i l'únic que preval és el de l'interès superior del menor (211-6.1). En aquest sentit, no és irrellevant que l'opinió dels menors consti en el cinquè lloc de l'article esmentat.

D'aquesta manera, els tribunals han de valorar el contingut de l'audiència del menor conjuntament amb altres factors, ja que en ocasions la voluntat expressada pels menors no coincideix amb la voluntat real ni amb el que els resulta més beneficiós.

Naturalment no escau desconèixer, sense la ponderació dels altres criteris tinguts en compte en la norma, i la justificació deguda o especial motivació, els desitjos dels menors, quan, com és el cas, té judici suficient.

No obstant això, perquè el desig del menor amb judici suficient pugui ser atès sempre caldrà: a) que la seva opinió sigui lliurement emesa i la seva voluntat correctament formada, no mediatitzada o interferida per la conducta o la influència d'algun dels pares; b) que les seves raons siguin atenedibles perquè no estan inspirades en criteris de comoditat o benestar a curt termini, i c) que no estigui desaconsellada per l'especial incidència d'altres criteris amb els quals, segons la norma, ha de ser ponderada conjuntament l'opinió dels menors..... el caràcter no vinculant de l'opinió dels menors ja va ser proclamat, sota la legislació anterior, en les nostres sentències del TSJC de 6-2-2012 i 23-2-2012, i també, recentment, per la STS, Sala 1a, de 4 novembre 2013 - rec. 2646/2012 -, si bé en un supòsit d'una menor de 12 anys."

En sentències anteriors aquesta Sala també ha dit que el dret del menor o de la menor a ser escoltat, recollit a l'art. 12 de la Convenció sobre els Drets dels Infants, art. 7 de la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, article 211-6, 2 CCCat i 770,4 de la LEC, no es pot equiparar al dret de decidir, que la voluntat manifestada pel menor no vincula ni condiciona la decisió; que s'ha de verificar si la voluntat manifestada coincideix amb la mesura exigida pel seu interès i que per fer aquesta verificació s'han d'examinar i valorar altres elements de prova que permetin assegurar que la voluntat expressada ha estat correctament formada, amb prou maduresa, sense pressions i entenent que el context en el qual s'expressa aquesta voluntat és el de un procediment contenciós on el menor o la menor pot trobar-se en un conflicte de lleialtats.

S'han de valorar els demés criteris de l'art. 233-11 CCCat per tal d'adoptar la mesura més adient en relació a la guarda dels fills. S'ha provat que la ruptura de la parella es produeix el mes de maig de 2012. La demanda es presenta el febrer de 2013 per la mare i durant tot aquest temps els dos fills resten amb la mare que permet i facilita la relació amb el pare; el pare viu a un altra població de tal manera que un canvi de guarda de la filla comportaria necessàriament un canvi d'escola i d'entorn com es dedueix del contingut de l'interrogatori del pare; no hi ha cap raó que justifiqui un canvi en la organització i en la forma de vida de la filla ni la separació del seu germà sent poca la diferència d'edat entre ambdós. La recomanació legal de no separar els germans integra el concepte de l'interès del menor, s'entén que en principi la mesura de separació no és beneficiosa o que és contrària al seu interès i han de concorre raons o circumstàncies que ho aconsellin o de les quals pugui derivar-se un benefici. En aquest cas no s'ha provat que els germans tinguin interessos diferents ni que la filla tingui necessitats que exigeixin una guarda paterna. La prova sobre les raons de la seva manifestació és minsa i entenem que no és suficient per fer un canvi de guarda ja que pot obeir a motivacions molt diferents que no han estat determinades ni contrastades.

Es desestima el recurs i es manté la modalitat de guarda establerta a la sentència.

QUART.- La sentència ha fixat una contribució als aliments per part del pare que no es correspon amb les peticions de cap de les parts. Acorda que el pare contribueixi a l'alimentació dels fills mitjançant l'atribució de l'ús de l'habitatge i amb el pagament de la meitat de la quota del préstec hipotecari. L'habitatge familiar és propietat de tots dos.

Tot i que no es pot apreciar incongruència en aquesta mesura perquè tractant-se de prestació alimentària dels fills menors el Jutge no està vinculat per les peticions de les parts, s'ha d'estimar en part el recurs. No es pot confondre el pagament de la carga hipotecària amb el compliment de la prestació d'aliments. La primera constitueix una obligació que han contret els cònjuges davant de l'entitat bancària i la confusió creada pot provocar problemes en el moment de fer la divisió a l'hora de determinar la proporció o part que li correspon a cada copropietari en el producte de la mateixa. L'art. 233-20, 7 CCCat permet ponderar l'atribució de l'ús de l'habitatge si aquest pertany en tot o en part al cònjuge que no n'és beneficiari com a contribució en espècie



per a la fixació dels aliments dels fills, però no permet una substitució. En definitiva s'han d'aplicar criteris de proporcionalitat -capacitat econòmica dels progenitors valorant les seves despeses i necessitats dels fills vers al contingut de l'obligació d'aliments (art. 237-1) que compren les necessitats d'habitatge.

L' article 237-10 CCCat diu que l'obligació d'aliments s'ha de complir en diners i per mensualitats avançades. S'ha de revocar el pronunciament de la sentència i fixar una quantitat que haurà de pagar el recurrent. En la contestació a la demanda en la qual sol licitava la guarda de la filla es demanava que cada progenitor assumís les despeses de manutenció de la filla i del fill amb el que conviurien cadascú i la resta de despeses (extraescolars, matrícula, llibres, material escolar etc) per meitat. Manté la mateixa petició a l'apel·lació si s'acorda la guarda compartida i en cas contrari, és a dir, si es manté la guarda materna, demana que no es fixin aliments.

No concorre la causa d'exempció de l' art. 237-3 CCCat "persones que tenen reconeguda la condició de discapacitades". Els informes mèdics que ha aportat que contenen un diagnòstic de fibromialgia no proven que no pugui realitzar cap feina, no ha provat que la malaltia sigui del tot incapacitant, Manté la titularitat de bens immobles, no sols de la meitat de la habitatge familiar i del local on la mare segueix explotant el negoci, sinó d'una segona residència i en l'interrogatori reconeix que disposa de recursos econòmics si la filla es queda a viure amb ell i que si no treballa la raó de la falta de feina és per la seva malaltia però també perquè no troba feina. Reconeix que els recursos econòmics per cobrir les seves necessitats els rep dels seus pares i de la seva actual parella.

S'ha de fixar una quantitat. La demandant demana 350 euros pels dos fills. Segueix explotant el negoci de marcs per quadres en un local que és propietat de tots dos. Continua amb el negoci familiar de la qual és titular. La Declaració de la Renda de 2011 recull un rendiment net de 13.778,05 euros, el sistema de tributació es d'estimació directa, no objectiva, com s'afirma en el recurs, viu amb els seus fills a l'habitatge familiar propietat de tots dos i la quota del préstec hipotecari és de 950 euros. El pare, com hem dit ara mateix no treballa però manté certa capacitat de treballar. No s'ha acreditat despeses especials dels fills.

Fixem com a pensió d'aliments a càrrec del pare la quantitat de 300 euros mensuals (150 euros per a cada fill) tenint en consideració la seva situació, que mare i fills tenen atribuït l'ús de l'habitatge propietat d'ambdós i que la mare continua treballant en el negoci familiar amb ingressos que poden ser inferiors als obtinguts durant la convivència matrimonial on col·laboraven tots dos, però que ha permès cobrir les despeses de la família.

La quantitat establerta s'ha de pagar cada mes, en dotze mensualitats, els cinc primers dies de cada mes i s'ha d'actualitzar cada any d'acord amb les variacions de l'IPC. Es farà efectiva a partir de la data d'aquesta resolució.

CINQUÉ.- No es fa pronunciament sobre les costes.

## PART DISPOSITIVA

ESTIMEM EN PART el recurs d'apel·lació que formula Bienvenido contra la sentència dictada en data 16 de setembre de 2013 pel Jutjat de Primera Instància n. 7 de Badalona en les actuacions de Divorci n. 299/2013 de les quals dimana el present rotlle, i ES REVOCA EN PART en la mesura relativa als aliments dels fills, es fixa una pensió a càrrec del pare de 300 euros mensuals (150 euros per a cada fill) que s'ha de pagar cada mes, en dotze mensualitats, en els cinc primers dies de cada mes i s'ha d'actualitzar cada any d'acord amb les variacions de l'IPC i es farà efectiva a partir de la data d'aquesta resolució, sense condemna sobre les costes.

Contra aquesta sentència cap recurs de cassació en els supòsits del nº 3º de l'article 477,2 LEC . També cap recurs extraordinari per infracció processal ( DF. 16ª, 1 3ª LEC ). També cap recurs de cassació, en relació amb el dret civil català, substantiva i processal, en els supòsits de l' article 3 de la Llei 4/2012 . El/els recursos ha/n de ser interposats davant aquesta secció en el termini de vint dies.

I ferma que sigui aquesta resolució, deixeu-ne testimoniatge en aquest rotlle i en les actuacions originals, que es retornaran al Jutjat de Primera Instància del qual procedeixen.

Així ho decideix la Sala integrada per les Magistrades esmentades a l'encapçalament, que signen a continuació.

**PUBLICACIÓ.**- Barcelona, un cop signada la sentència por tots els Magistrats que l'han dictat, es dóna publicitat ordenada per la Constitució i les Lleis. En dono fe.