



Roj: **SAP B 1460/2021 - ECLI:ES:APB:2021:1460**

Id Cendoj: **08019370122021100077**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **18/02/2021**

Nº de Recurso: **599/2020**

Nº de Resolución: **92/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **IGNACIO FERNANDEZ DE SENESPLEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

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

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0800642120208042309

Recurso de apelación 599/2020 -S

Materia: Proceso especial contencioso guarda y custodia hijos comunes

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 136/2020

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0658000012059920

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0658000012059920

Parte recurrente/Solicitante: Luciano

Procurador/a: Sonia Almero Molina

Abogado/a: Judith Romero I Lliberia

Parte recurrida: Mercedes

Procurador/a: Pamela Geraldí Alva Mory

Abogado/a: FRANCISCO CABISCOL SALVA

SENTENCIA Nº 92/2021

Magistrados:

Don José Pascual Ortuño Muñoz Doña María Gema Espinosa Conde Don Ignacio Fernández de Senespleda
Barcelona, 18 de febrero de 2021.

Ponente: Don Ignacio Fernández de Senespleda



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 28 de septiembre de 2020 se han recibido los autos de Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 136/2020, remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000 , a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sonia Almero Molina, en nombre y representación de D. Luciano , contra la Sentencia de fecha 16/06/2020 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Pamela Geraldí Alva Mory, en nombre y representación de D^a Mercedes . Con la intervención del Ministerio Fiscal.

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "QUE PROCEDE ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación de D^{ña} Mercedes , se presentó demanda de divorcio contra D. Luciano PROCEDE ACORDAR LAS SIGUIENTES MEDIDAS.

1. Patria Potestad y Guarda y custodia sobre el hijo menor de edad. Se atribuye el ejercicio conjunto de la Patria Potestad a ambos progenitores.

2. Se atribuye la guarda y custodia exclusiva sobre la hija menor de edad Adela A D^{ña} Mercedes .

3. El padre disfrute de la compañía de su hija menores de edad los fines de semana alternos, concretamente desde el viernes a las 20:00 horas, hasta el domingo a las 21 horas, debiendo el padre recoger y devolver a la menor en el domicilio materno. En cuanto al régimen de comunicación con el hijo durante los períodos en que uno de los progenitores no lo tenga con él, este podrá comunicarse con la menor por cualquier medio siempre que lo considere oportuno y no perturbe las actividades escolares o extraescolares se realice. En caso de comunicación telefónica, deberá de respetar el horario de descanso de la hija y del otro progenitor y, en su caso, el del resto de la familia. En todo caso se fija como límite para la comunicación telefónica las 20:30 horas de la tarde.

4. Vacaciones. Examinadas las pretensiones y manifestaciones realizadas por la partes, estimándose razonable y proporcionado y no perjudicial ni para el menor ni para ninguna de las partes, se acuerda el siguiente régimen de vacaciones. Semana Santa: corresponderá al padre la primera mitad de los años pares y la segunda mitad de los años impares. Se entiende por "primera mitad" desde la salida de clase el último día lectivo hasta las 20:00 horas del Miércoles Santo; se entiende por "segunda mitad", desde las 20:00 horas del Miércoles Santo, hasta el día de inicio de las clases, en el que el progenitor responsable la llevará directamente al Centro Escolar. Navidades. Corresponderá al padre la primera mitad en los años pares y la segunda mitad en los años impares. Se entiende por "primera mitad" desde la salida del colegio el día en que los menores comiencen las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 18:00 horas; se entiende por "segunda mitad", desde las 18:00 horas del 30 de diciembre hasta el día de inicio del curso escolar, en el que llevará a su hija directamente al colegio. Verano. Las vacaciones de verano se repartirán por mitad de entre ambos progenitores, por periodos quincenales el mes de agosto, estando la menor con el padre la primera quincena del mes de agosto durante los años pares, concretamente del 1 de agosto a las 10 horas hasta el 16 de agosto a las 10 horas. Corresponderá al padre la segunda quincena el mes de agosto los años impares, esto es, del 16 de agosto a las 10 horas al 1 de septiembre a las 10 horas. La madre disfrutará de las vacaciones de verano en compañía de sus hijos los periodos contrarios. Respecto a los días no lectivos de los meses de junio, julio y septiembre, se acordará que con la menor de edad rija el régimen ordinario de guarda y custodia anteriormente descrito. Se estima razonable que una vez finalizados los periodos vacacionales anteriormente mencionados, el primer fin de semana inmediatamente posterior a la finalización del periodo vacacional de que se trate, sea disfrutado por aquél de los progenitores que no haya estado en compañía de la hija durante el periodo vacacional inmediatamente anterior. El progenitor que tenga los pasaportes y documentos de identidad así como las tarjetas sanitarias de la seguridad social o cualquier documento de interés del menor en su poder, deberá de facilitárselo a otro progenitor. Esta disposición se aplicará única y exclusivamente en relación a los periodos vacacionales.

5. Se establece a cargo del padre D. Luciano , la obligación de satisfacer dentro de los cinco primeros días de cada mes, una pensión de alimentos de 200 € al mes mientras se encuentre en situación de ERTE. Cuando el demandado se reincorpore a su trabajo con normalidad, deberá de satisfacer una pensión de alimentos de 270 € al mes, debiendo de ingresar dicha suma en el número de cuenta que la madre designe a tal efecto. Dicha cantidad deberá de actualizarse anualmente en la misma proporción en la que varía el IPC establecido por el INE u organismo que lo sustituya. En cuanto a los gastos extraordinarios DE LA MENOR DE EDAD, se sufragarán por mitad los gastos imprescindibles y necesarios que puedan originarse, tales como actividades extraescolares o gastos médicos y farmacéuticos ocasionados por las enfermedades sufridas por el hijo, gastos odontológicos, oftalmológicos, farmacéuticos u otros gastos no cubiertos por la Seguridad Social o Mutua Privada, Las nuevas actividades extraescolares que la menor de edad hayan de realizar en el futuro, deberán ser consentidas por ambos progenitores. En el caso de que uno de los progenitores no estuviese



de acuerdo con dicha actividad, la misma será sufragada por el progenitor que la haya propuesto y que esté interesado o que haya prestado su consentimiento.

6. Domicilio Familiar. Se atribuye el uso del domicilio conyugal sito en DIRECCION000 , CALLE000 NUM000 , a la hija menor de edad y por extensión a la demandante como titular de la guarda y custodia.

7. SE DESESTIMAN EL RESTO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS Y PRETENSIONES PLANTEADOS POR LAS PARTES POR TRATARSE DE CUESTIONES INSERTAS DENTRO DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SOBRE LOS QUE NO CABE REALIZAR PRONUNCIAMIENTO ALGUNO SALVO EL DE DECLARAR QUE EL EJERCICIO DE LA MISMA HA SIDO DECLARADO CONJUNTO O POR NO SER ÉSTE EL CAUCE PROCESAL IDÓNEO U OPORTUNO PARA LA SUSTANCIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE TALES PRETENSIONES. No se hace expresa imposición de las costas procesales causadas."

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 10/02/2021.

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

Se designó ponente al Magistrado Don Ignacio Fernández de Senespleda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admite la fundamentación jurídica que contiene la sentencia recurrida, salvo en lo que pudiera resultar contradictoria con la que contiene la presente resolución.

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Luciano se formula recurso de apelación frente a la Sentencia de fecha 18 de junio de 2020 dictada en los autos de Guarda y custodia 136/2020, seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000 .

Impugna el recurrente el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se establece como medidas definitivas el establecimiento de una pensión de alimentos en favor del hijo y a pagar a la madre, de 200 € mensuales mientras se encuentre en ERTO y 270 € mensuales cuando esté en activo.

El recurrente interesa que se establezca la cuantía de los alimentos en 180 € mensuales.

La representación procesal de Dª. Mercedes y el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso.

SEGUNDO.- DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

Los alimentos de origen familiar (en los que se encuentran los de los hijos mayores de edad) tienen un contenido en que se incluyen, como señala la STSJC 50/2017, de 30 de octubre, todo lo que sea indispensable para el mantenimiento, habitación, vestido y asistencia médica así como los gastos para la continuación de la formación si no la ha terminado por una causa que no le sea imputable una vez ha llegado a la mayoría de edad, siempre que mantenga un rendimiento regular. No encuentran su fundamento en el deber de la potestad parental, que al ser mayores de edad se ha extinguido, sino en los alimentos de origen familiar que en general se regulan en los artos. 237-1 ss. CCCat.

Sobre el principio de proporcionalidad en la contribución a los alimentos, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por todas la Sentencia del TSJC de 3 de noviembre de 2016 con cita de las SSTSJC 68/2013, de 28 de noviembre, 22/2014, de 7 de abril, 69/2014, de 30 de octubre, 15/2015, de 16 de marzo, 28/2015, de 27 de abril y 88/2015, de 28 de junio - ha señalado que cuando los obligados a prestar alimentos son más de una persona, de conformidad con el art. 237-7 CCCat la obligación debe distribuirse entre ellos en proporción a sus recursos económicos y posibilidades. Criterio que se reafirma en el artículo 237-9 CCCat cuando para establecer la cuantía de los alimentos dispone que se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos.

En relación con dicho criterio de proporcionalidad establecido en el vigente CCCat en su art. 237-9, la cuantía de los alimentos deberá ser ponderada en cada supuesto concreto. La determinación de la cuantía que no ha de ser necesariamente aritmética o matemática, es facultad exclusiva del tribunal de instancia salvo razonamiento ilógico, arbitrario o irracional atendiendo a la citada regla de proporcionalidad y al binomio necesidad-posibilidad a que hacen referencia para su prestación, examinada conforme a las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia que deba sufragarlos y conforme a los criterios más acordes con su nivel de vida o " status " actual.



En el presente caso la guarda y custodia de la menor, Adela , nacida el NUM001 de 2012, está atribuida a la madre.

Existe un convenio firmado el 25 de junio de 2019, que no ha sido ratificado por el recurrente en sede judicial y que establece una pensión de alimentos a su cargo de 300 € mensuales.

Como hemos señalado en nuestra sentencia nº676/2018 de 18 de junio:

" La validez de los pactos en convenio no ratificado judicialmente está regulada en el artículo 233-5.3 del CCCat que prevé, en lo se refiere a los pactos de orden público (incluidas las cuestiones sobre la guarda de los hijos, relaciones personales y alimentos), que su eficacia depende del interés de los menores en el momento en el que se pretenda el cumplimiento."

Partiendo de las anteriores premisas, debemos coincidir con la valoración de la prueba del juez a quo y las conclusiones alcanzadas.

El hecho que el padre estuviera atendiendo con anterioridad al procedimiento la pensión de alimentos en la cuantía de 300 €, que es la misma que se pactó pero no se ratificó, supone un poderoso indicio de las necesidades del menor alimentado y de la capacidad económica de los progenitores.

Ciertamente las circunstancias del padre han cambiado con motivo de los efectos económicos de la pandemia, pero ello ha sido tenido en cuenta en la resolución que se recurre, en la que se contempla específicamente una disminución de un 33% de la cuantía de la pensión por esta circunstancia.

Así pues, partiendo de la necesidades básicas de la menor de alimentación, vestido, higiene y educación, así como la parte proporcional del coste de vivienda. Consideramos que la cuantía establecida es correcta partiendo de unos ingresos de 1.100 € el padre y de 800 € la madre.

Por ello, el recurso se desestima.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación implica la imposición de las costas causadas en esta alzada a la recurrente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los citados preceptos y demás de pertinente y general aplicación al caso,

PARTE DISPOSITIVA

DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Luciano contra la Sentencia de fecha 18 de junio de 2020 dictada en los autos de Guarda y custodia 136/2020, seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000 , en el que ha sido parte apelada Dª. Mercedes y el MINISTERIO FISCAL, CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus extremos; y ello con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

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

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) ante el Tribunal Supremo (art.466 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 :

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento



de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19:

- *La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- *Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- *Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*