



Roj: **SAP B 6091/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6091**

Id Cendoj: **08019370182018100401**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **14/06/2018**

Nº de Recurso: **1372/2017**

Nº de Resolución: **449/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

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.: 0811342120148020923

Recurso de apelación 1372/2017 -B

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Modificación medidas supuesto contencioso 867/2016

Parte recurrente/Solicitante: Ruth

Procurador/a: Laura De Manuel Tomas

Abogado/a: Santiago Bosch Espinet

Parte recurrida: Amadeo

Procurador/a: Montserrat Domingo Basora

Abogado/a: Montserrat Pujol Torras

SENTENCIA N° 449/2018

Magistrados:

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Margarita B. Noblejas Negrillo (ponente)

Dª Myriam Sambola Cabrer

Barcelona, 14 de junio de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 22 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 867/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Laura De Manuel Tomas, en nombre y representación de Ruth contra la Sentencia de fecha 25/05/2017 y en el que consta

como parte apelada la Procuradora Montserrat Domingo Basora, en nombre y representación de Amadeo ; siendo parte el Ministerio Fiscal

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

"Se estima parcialmente la demanda interpuesta por Amadeo , representado por la Procuradora Cathy Roncero Vivero y defendido por la Letrada Montse Pujol i Torras, frente a Ruth , representada por la Procuradora Beatriz Calaveras Gómez y asistida por el Letrado Jaume Carbonés y, en consecuencia, modifico la Sentencia nº 85/14, de 7 de mayo de 2014, autos procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, dictada por este Juzgado en los siguientes términos:

Del régimen de guarda y custodia y régimen de visitas:

- La hija menor Clemencia queda bajo la guarda individual de padre, con quien convivirá habitualmente en su domicilio.

- Se establece el siguiente régimen de visitas en favor del progenitor no custodio:

a) fines de semana alternos desde las 17 horas a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas.

b) vacaciones de navidad y Semana Santa: estos períodos se dividirán por mitad entre ambos progenitores y se seguirá un régimen de alternancia. Así, los años pares será el padre quien escogerá el período para disfrutar con la menor, y los años impares lo escogerá la madre.

La primera mitad de las vacaciones de Navidad abarca desde la 10 horas del día de inicio de las vacaciones escolares (según calendario general de las CCAA de Catalunya) hasta el 30 de diciembre a las 20,00 horas; y la segunda mitad, desde las 20 horas del 30 de diciembre hasta las 20 horas del 6 de enero.

La Semana Santa se dividirá en dos períodos alternos desde el último viernes lectivo a la salida del colegio hasta el jueves santo a las 18,00 horas y desde el jueves santo a las 18,00 horas hasta el lunes a las 20,00 horas.

c) Las vacaciones de verano corresponden al mes de julio, agosto y primera quincena de septiembre y se repartirán por quincenas. Le corresponde al padre escoger las quincenas en los años pares, y a la madre en los años impares.

De la pensión de alimentos:

La Sra. Ruth abonará al Sr. Amadeo una pensión de 150 euros mensuales, para el mantenimiento, la educación, el vestido y la sanidad de la hija Clemencia , que se incrementará cada año con el aumento del IPC emitido por el INE

Dicha cantidad deberá ingresarla del 1 al 5 de cada mes en la cuenta Super 3 designada por el padre en su escrito de demanda.

Cada uno de los progenitores abonará la mitad de los gastos extraordinarios.

A este respecto, conviene, en cuanto a los gastos extraordinarios establecer la siguiente diferenciación:

- *Los gastos extraordinarios urgentes e imprevisibles* , ya sean médicos, quirúrgicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, serán abonados por mitad por ambos progenitores, pero en estos casos no será necesario esperar al consentimiento del otro progenitor, sino que bastará con presentarle la justificación de los mismos para que el otro progenitor haya de hacerse cargo de la mitad del gasto.

- *Los gastos extraordinarios no urgentes pero necesarios* , tales como tratamientos prolongados sanitarios y asimilados (psicológicos, odontológicos, logopeda...) no cubiertos por la Seguridad Social ni por la mutua médica de la niña, o que, aún estándolo, los Progenitores estuvieran de acuerdo en acudir a la medicina privada, serán igualmente abonados por mitad por ambos, siempre que previamente se hubieran puesto de acuerdo sobre el facultativo que habrá de seguir el tratamiento y sobre su presupuesto.

- *Los gastos extraordinarios optativos* , que dependen exclusivamente de la voluntad de los progenitores, tales como celebraciones u otros excepcionales, serán abonados por mitad entre ambos progenitores siempre y cuando previamente se haya consensuado y consentido su desembolso por ambos.

No procede realizar pronunciamiento en materia de costas.

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 12/06/2018.

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



Se designó ponente a la Magistrada Margarita B. Noblejas Negrillo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se alza la apelante contra la resolución impugnada en cuanto desestima su pretensión de que se suspenda la obligación de pago de la pensión de alimentos de la hija común, solicitando un pronunciamiento en este sentido. El ministerio fiscal se opuso a tal pretensión.

SEGUNDO .- Nos encontramos en el caso con que la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 7/5/2014, otorgó la guarda y custodia de la hija al padre. En la demanda origen de las presentes actuaciones éste alegaba que la menor , Clemencia , vivía con él desde septiembre de 2016, y desde entonces la llevaba al colegio, se ocupaba de las actividades extraescolares, etc., por lo que interesaba un cambio de custodia. A tal pretensión se allanó la madre, la cual sólo se opuso a la cuantía de la pensión de alimentos que aquél peticionaba, 275 €, alegando básicamente que no podía pagar cantidad alguna al carecer de cualquier tipo de ingreso, lo que no acepta la sentencia recurrida que fija la pensión en 150 € incluidos los gastos escolares al inicio del periodo escolar y concreta los gastos extraordinarios ,ello de acuerdo con la STS de 12-2-2015 , lo que debemos confirmar.

Efectivamente dicha sentencia, al igual que en la de 2-3-2015 se reitera la doctrina de la Sala respecto del denominado "mínimo vital" en los supuestos en los que existen dificultades económicas para el pago de las pensiones de los hijos.

Según la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, "este mínimo vital constituye una prestación alimenticia a favor de los menores que suele oscilar entre los 150 y 200 euros en que suele fijarse por los Tribunales a pesar de que el progenitor no tenga ingresos, salvo enfermedad o falta de capacidad o falta de aptitud para acceder al mercado de trabajo, con el que se presume que se pueden cubrir las necesidades vitales de los menores. Sin embargo en estos casos unas Audiencias optaban por la suspensión o fijación de un porcentaje y otras, fijaban una cuantía en concepto de mínimo vital.

El TS recuerda que «lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante» correspondiendo a la Sala revisar si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad por la sentencia" .

Es decir, dicha resolución , como se dice en la apelada, clarifica los conceptos y diferencia cuando procede la fijación de un mínimo vital o bien cuando procede suspender la obligación de pago de alimentos. Parte de que lo normal es lo primero y sólo excepcionalmente la suspensión, sólo en aquéllos supuestos muy concretos en que se acredite sin lugar a dudas que el obligado al pago no dispone de ingresos ni para cubrir sus propias necesidades y que cuenta con la ayuda de terceras personas para subsistir, debiéndosele dar carácter restrictivo y temporal. Para el supuesto de que a raíz de la prueba practicada se tenga el más mínimo indicio de que el progenitor tiene ingresos a que tiene capacidad económica para cubrir sus propias necesidades, se deberá fijar siempre un mínimo vital.

En el caso vemos que la apelante, en contra de lo que mantiene en su demanda, e incluso en su recurso, en 2016, según la información obtenida del PNJ, ingresó 525 €/mes y está de alta en el IAE, según dijo en el juicio, porque tenía una panadería, por más que mantuviera , que no probara, que no tuviera ingresos cuando continúa de alta en aquél. Por el contrario, el padre, que en 2016 ingresó un total de retribuciones de 12.253,25 € y tuvo una retención de 245,05 , es decir, un promedio de 1000,68 €/mes, consta con la documentación aportada con el escrito de oposición al recurso, que los mismos han disminuido a 395,83 €, con lo cual , no estándose , concretamente en el caso de la madre, ante un supuesto excepcional de suspensión de la obligación de pago de la pensión, y visto el contenido del art. 237 CCC, es por lo que debemos desestimar el recurso que se examina.

TERCERO .- No procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de DÑA. Ruth , contra la sentencia de fecha 25-5-2017 dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 3 de DIRECCION000 , debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.



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 :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ