



Roj: **SAP L 753/2018 - ECLI:ES:APL:2018:753**

Id Cendoj: **25120370022018100436**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lleida**

Sección: **2**

Fecha: **09/11/2018**

Nº de Recurso: **276/2018**

Nº de Resolución: **477/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN BERNAT ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Lleida. Civil**

Calle Canyeret, 1 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973705820

FAX: 973700281

EMAIL:aps2.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.: 2512048220170013779

### **Recurso de apelación 276/2018 -A**

Materia: Procedimiento Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Lleida**

**Procedimiento de origen: Separación contenciosa 35/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Alicia

Procurador/a: CARMEN GLORIA CLAVERA CORRAL

Abogado/a: EVA ESCOFET ALONSO

Parte recurrida: Adriano

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 477/2018**

#### **Presidente:**

Ilmo. Sr. Albert Montell Garcia

#### **Magistradas:**

Ilma. Sra. M<sup>a</sup> Carmen Bernat Álvarez

Ilma. Sra. Ana Cristina Sainz Pereda

Lleida, 9 de noviembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 20 de abril de 2018 se recibieron los autos de Separación contenciosa núm. 35/2017 remitidos por Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Lleida a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora CARMEN GLORIA CLAVERA CORRAL, en nombre y representación de Alicia



contra la Sentencia de fecha 20/02/2018 y en el que consta declarado en rebeldía procesal en primera instancia Adriano . 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 formulada a instancia de Dña. Alicia representada por la procuradora D. Maria Ferre Tornos, y asistida por la letrada Da. Eva Escofet Alonso contra D. Adriano , quién fue declarado en rebeldía, siendo parte el Ministerio Fiscal, y **DEBO DECLARAR Y DECLARO:**

1-La separación judicial de los cónyuges que contrajeron matrimonio en DIRECCION000 (Mali) el día 1 de junio de 2008, y en consecuencia procede la suspensión de la vida común de los cónyuges y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2-Patria potestad del menor Leandro compartida por los progenitores.

3-Guarda y custodia del menor Leandro para la madre.

4-En relación al régimen de visitas del padre con el menor Leandro queda en suspenso.

5-Se fija en 100 euros mensuales la cantidad que D. Adriano deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para su hijo Leandro , cantidad que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes y por mensualidades anticipadas en la cuenta que designe la madre, que será la encargada de destinarla a sufragar las necesidades de la menor en cada momento.

Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC u otro índice que le sustituya

6-Respecto a los gastos extraordinarios e pagarán por mitad por cada progenitor, y serán aquellos imprevisibles, de carácter no periódico, necesarios y respecto a los que se ha tenido que haber obtenido el consentimiento previo del otro progenitor, salvo que los gastos sean urgentes.

7. Procede acordar la prohibición de salida del territorio nacional del menor Leandro , sin el previo y expreso consentimiento de ambos progenitores, y en defecto del mismo, previa autorización judicial.

8- No procede pronunciamiento en relación al uso de la vivienda.

9-Firme que sea la presente resolución comuníquese al Registro Civil Central,

8- Respecto de las costas cada parte deberá hacerse cargo de las propias 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 08/11/2018.

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

Se designó ponente a la Magistrada Maria Carmen Bernat Alvarez .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La sentencia de primera instancia acuerda la separación judicial del matrimonio formado por los Sres. Alicia y Adriano , acordando la adopción de medidas civiles en relación exclusivamente al menor Leandro , al considerar que carece de jurisdicción y competencia para acordar las medidas civiles en relación a los otros dos menores, Rafaela y Antonio , que no tienen su residencia habitual en España al tiempo de interponer la demanda por cuanto llevan más de un año en el **extranjero**.

En cuanto al menor Abduolaye acuerda las siguientes medidas civiles: Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a la madre, permaneciendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores; la suspensión del régimen de visitas del padre con el menor y fija en 100 € mensuales la pensión alimenticia en favor del hijo a satisfacer por el padre, acordando igualmente que los gastos extraordinarios se pagarán por mitad por cada progenitor y la prohibición de salida del territorio nacional del menor sin el previo y expreso consentimiento de ambos progenitores y, en defecto del mismo, previa autorización judicial.

Frente a la misma interpone recurso de apelación la representación de la actora mostrando disconformidad con la falta de jurisdicción y competencia para adoptar las medidas relativas a los menores Antonio y Rafaela , interesando la adopción de medidas civiles relativas a los mismos: Guarda y custodia de los menores a favor de la madre, fijación de pensión alimenticia en 250 € mensuales por hijo, debiéndose abonar los gastos extraordinarios por mitad entere ambos progenitores y con la prohibición de salida del territorio nacional de los menores sin el previo y expreso consentimiento de ambos progenitores y, en defecto del mismo, con



autorización judicial. Muestra también disconformidad con el importe de la pensión alimenticia fijada en favor del menor Leandro , al considerarla insuficiente, interesando se fije en 250 € mensuales para cada uno de los menores.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso e interesa la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.** La apelante muestra en primer lugar disconformidad con la **falta de jurisdicción y competencia para adoptar las medidas relativas a los menores Antonio y Rafaela** , interesando la adopción de medidas civiles relativas a los mismos: Guarda y custodia de los menores a favor de la madre, fijación de pensión alimenticia en 250 € mensuales por hijo, debiéndose abonar los gastos extraordinarios por mitad entre ambos progenitores y con la prohibición de salida del territorio nacional de los menores sin el previo y expreso consentimiento de ambos progenitores y, en defecto del mismo, con autorización judicial.

Lo cierto es que los hechos nuevos puestos de manifiesto por la apelante en el escrito presentado en fecha 30 de mayo de 2018, aportando documentación acreditativa de que los menores Antonio y Rafaela en fecha 28 de mayo de 2018 han regresado España, pasando a residir con su madre, determinan que proceda acordar las medidas civiles pertinentes en relación a los mismos derivadas de la separación de sus progenitores.

Junto a dichos hechos nuevos y habiendo quedado acreditado que el progenitor envió a los menores a Mali sin el consentimiento de la progenitora, resulta aplicable lo dispuesto en el Art 10 del Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que regula la competencia en caso de sustracción de menores, estableciendo que en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado retención ilícito conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro.

Procede, en consecuencia, y en los mismos términos establecidos respecto al menor Leandro , otorgar la guarda y custodia de dichos menores a la madre por ser la persona que está ocupándose de los mismos, acordando la suspensión del régimen de visitas en favor del progenitor dado que no reside en España, sino que se encuentra en Mali desde el mes de abril de 2017, desconociéndose si regresará a España. Igualmente procede acordar la prohibición de salida del territorio nacional de los menores, sin el previo y expreso consentimiento de ambos progenitores y, en su defecto, previa autorización judicial.

**TERCERO.** La apelante muestra también disconformidad con el **importe de la pensión alimenticia** en favor del hijo Leandro y con cargo al progenitor fijada la resolución recurrida, al considerarla insuficiente. Refiere que la misma no dispone de ingresos y, en cambio, de las pruebas solicitadas por dicha parte se desprende que el progenitor trabajaba en una granja situada en la población de DIRECCION001 , percibiendo unos 17.953, 91 € anuales y disponiendo también de bienes muebles, por lo que considera que la pensión en favor de los tres menores debería fijarse en 250 € mensuales cada uno.

Sabido es que el deber de alimentos de los hijos menores incumbe a ambos progenitores, entendiendo esta obligación alimenticia en el amplio sentido que se deriva de los arts. 236-17 y. 237-1 del Código Civil de Cataluña (CCC), y en cuando las personas obligadas a prestar alimentos son varias la obligación se ha de distribuir entre ellas, en función de sus recursos económicos y sus posibilidades.

Por tanto, la pensión de alimentos de los hijos debe determinarse en función de sus necesidades, y teniendo en cuenta los medios económicos y las posibilidades de las personas obligadas a prestarlos (arts. 233-8, 237-7, y 237-9 CCC), con la lógica consecuencia de que hay que estar a las particulares y concretas circunstancias familiares de cada supuesto, y en caso de custodia monoparental debe también valorarse como tal contribución la dedicación que ha de prestar el progenitor custodio que ostenta la guarda y en cuya compañía quedan los menores, siendo también criterio reiterado que cuando se trata de hijos menores que carecen de ingresos y que conviven con uno de los progenitores, el simple hecho de la convivencia común determina que éste ha de asumir unos gastos difícilmente cuantificables, que también han de ser valorados por su importancia y trascendencia, dada la permanente dedicación que este hecho comporta.

Partiendo de estos criterios, la Sala considera que atendiendo a la situación fáctica concurrente la cantidad fijada en la resolución recurrida se ajusta debidamente a las circunstancias del caso.

Refiere la apelante que de la prueba obrante en autos se desprende que el progenitor trabajaba en una granja situada en la población de DIRECCION001 , percibiendo unos ingresos de 17.953, 91 € anuales, pero lo cierto es que dichos ingresos corresponden a las percepciones del trabajo del año 2016 y no a la situación actual.

Ha quedado perfectamente acreditado que el progenitor no reside ya en España, desprendiéndose de las diligencias negativas de emplazamiento del Juzgado de DIRECCION002 que desde el mes de abril de 2017



se encuentra en Mali, indicando tanto su hermano como su tío que no saben si regresará a Almacelles ya que está trabajando allí.

De ello se desprende que trabaja en su país, pero desconocemos por completo los ingresos que percibe, por lo que estimamos adecuada la cantidad de 100 € mensuales fijada en la resolución recurrida en favor del menor Leandro, cantidad que debe fijarse también en favor de los otros dos menores, Antonio y Rafaela, acordando igualmente que los gastos extraordinarios de los mismos serán sufragados por mitad entre ambos progenitores.

**CUARTO.** Dada la especial naturaleza de las cuestiones debatidas no procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Que **ESTIMANDOPARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Alicia contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer de LLeida en los autos de Separación 35/2017, **REVOCAMOS PARCIALMENTE** la citada resolución, en el sentido de acordar las siguientes medidas civiles en relación a los menores Antonio y Rafaela :

-Se atribuye la guarda y custodia de los mismos a la madre, permaneciendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

-Se acuerda la suspensión del régimen de visitas de los menores en favor del progenitor.

- Se fija en 100 euros mensuales la cantidad que el progenitor deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para cada uno de los hijos, cantidad que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes y por mensualidades anticipadas en la cuenta que designe la madre, que será la encargada de destinarla a sufragar las necesidades de los menores en cada momento. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC u otro índice que le sustituya.

- Los gastos extraordinarios de los menores se abonarán por mitad entre ambos progenitores y serán aquellos imprevisibles, de carácter no periódico, necesarios y respecto a los que se ha tenido que haber obtenido consentimiento previo del otro progenitor, salvo que los gastos sean urgentes.

- Se acuerda la prohibición de salida del territorio nacional de los menores, sin el previo y expreso consentimiento de ambos progenitores y, en su defecto, previa autorización judicial.

**CONFIRMAMOS** el resto de pronunciamientos y en concreto las medidas civiles adoptadas en favor del hijo Abdoulaye.

No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta sentencia, a los oportunos efectos.

Por último, respecto al depósito que ha constituido la parte recurrente, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15ª de la LOPJ.

**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 :