



Roj: **SAP B 1616/2019 - ECLI:ES:APB:2019:1616**

Id Cendoj: **08019370122019100153**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **27/02/2019**

Nº de Recurso: **471/2018**

Nº de Resolución: **156/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

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.: 0801942120168025476

Recurso de apelación 471/2018 -B1

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 98/2016

Parte recurrente/Solicitante: Gines

Procurador/a: Xavier Valcarce Santisteban

Abogado/a: JUAN MANUEL TERRADAS FERNANDEZ

Parte recurrida: María Cristina

Procurador/a: Carme Chulio Purroy

Abogado/a: Maria Carmen Soler Vendrell

SENTENCIA N° 156/2019

Magistrados:

Don José Pascual Ortuño Muñoz

Don Vicente Ballesta Bernal

Doña Mº Isabel Tomás García

Barcelona, 27 de febrero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 2 de mayo de 2018 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 98/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Xavier Valcarce Santisteban, en nombre y representación de Gines contra Sentencia - 15/12/2018 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Carme Chulio Purroy, en nombre y representación de María Cristina .



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 la representación de María Cristina contra Gines , y:

- ACUERDO el divorcio de María Cristina contra Gines , con todos los efectos que le son inherentes.

- ESTABLEZCO las siguientes medidas definitivas:

1.- Atribuyo la guarda y custodia de los menores Octavio y Rafael a María Cristina , siendo la patria potestad compartida y atribuyéndose el ejercicio exclusivo de la misma a la Sra. María Cristina .

2.- Atribuyo el uso de la vivienda familiar a María Cristina

3.- El Sr. Gines podrá visitar a sus hijos, una hora los sábados, en el Punt de Trobada más próximo al domicilio de los menores. Visitas que serán supervisadas por el Servei del Punt de Trobada.

4.- Fijo como **pensión de alimentos** a favor de los menores y a cargo de Gines la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS (350€) al mes que deberá ingresar cada mes en la cuenta que indique la Sra. María Cristina , dentro de los cinco primeros días de mes, cantidad que será revalorizable anualmente conforme al IPC publicado en el mes de enero.

5.- Los **gastos extraordinarios** serán abonados al 50% por ambos progenitores, siempre y cuando hayan sido consensuados por las partes, o en su defecto, autorizados por el Juez. Incluso en el caso de los gastos extraordinarios necesarios y salvo razones de urgencia, las partes deben ponerse de acuerdo previamente sobre cualquier extremo de interés que afecte a su hija en relación con estos gastos.

6.- No se hace especial condena en **costas**.

Firme que sea esta sentencia, procédase a su inscripción en el Registro Civil."

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

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

Se designó ponente al Magistrado don José Pascual Ortuño Muñoz .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia ha decretado el divorcio del matrimonio que contrajeron los litigantes en ASSILAH (Marruecos) el 1.7.2008 y ha adoptado las medidas reguladoras de los efectos que han sido transcritas en la parte dispositiva relativas a la guarda, custodia y alimentos de los hijos comunes Octavio y Rafael (nacidos ambos en España el NUM000 .2010 y el NUM001 .2013 respectivamente). El domicilio de la familia radica en Barcelona.

La parte demandada, el marido, recurre la sentencia en cuanto a dos concretos pronunciamientos: a) el régimen de visitas del padre con los hijos que ha sido establecido para su realización en el punto de encuentro más cercano al domicilio de los mismos, sin la previsión de una ampliación posterior de forma progresiva, y la cuantía de la contribución paterna a los alimentos de los referidos hijos comunes (175 € para cada hijo) que considera excesiva y desproporcionada en relación a sus disponibilidades.

La parte apelada y el Ministerio Fiscal solicitan la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO .- Aun cuando ninguna de las partes formula objeción sobre la competencia y la ley aplicable, existiendo un elemento de extranjería de tanta trascendencia como el de la **nacionalidad** común marroquí de los litigantes, y el hecho de que el divorcio deba surtir efectos en Marruecos donde figura inscrito en sus registros, y en su caso ha de ser también anotado en la inscripción de nacimiento de los hijos nacidos en España, es necesario que, si no lo suscitan las partes, sea el juez el que examine de oficio y aprecie expresamente su competencia y las razones por las que aplica la ley española, al pertenecer tales materias al orden público procesal y ser de trascendencia determinante para el enjuiciamiento, tal como establecen los artículos 21 de la LOPJ y 770.4 de la LEC .

A tal efecto consta que los dos cónyuges tienen la residencia habitual en Cataluña desde hace más de cinco años, y que también residen nacieron y viven aquí los hijos donde residen ininterrumpidamente como ha sido acreditado con la certificación del padrón municipal. En consecuencia con lo anterior, no existe ninguna duda sobre la competencia de los tribunales españoles en virtud de lo que dispone el artículo 3 del Reglamento (CE) 2201/2003 .



Por lo que se refiere a la ley aplicable al divorcio y a los efectos de tal declaración, es también la ley española puesto que el Reglamento (UE) 1259/2010 modificó las reglas relativas a la ley aplicable a la separación y al divorcio y ha establecido con carácter prioritario la aplicación de la ley de la residencia habitual, incluso respecto a ciudadanos de **nacionalidad** extracomunitaria, en virtud del principio de eficacia "erga omnes" del artículo 4 del referido instrumento.

Por otra parte, y al coexistir en el territorio español diversas legislaciones sobre los efectos de la ruptura conyugal, en virtud del principio de territorialidad del artículo 13.2 del CC, las normas aplicables son las del CCCat.

TERCERO. - Entrando a conocer sobre las controversias que se han planteado en la alzada, se ha de analizar en primer lugar la impugnación que formula el padre a la cuantía de la prestación alimenticia.

La cuestión ha de ser enjuiciada teniendo en cuenta que el deber de alimentar a los propios hijos que impone el artículo 237-1 del CCCat es una obligación natural y de orden público, consolidada en todas las culturas, con independencia de los medios económicos con los que se cuente.

En este caso concurre la circunstancia de que el recurrente tiene reconocida una pensión por discapacidad no contributiva, que le ha sido reconocida después de su salida de la prisión en 2016, y en cuantía y 840 € al mes. El artículo 237-3 del CCCat establece que las personas que tengan reconocida la condición de discapacitados estarán exentas del pago de alimentos, salvo que sus posibilidades excedan de lo que precisen para sus propias necesidades. En este caso el recurrente ha tenido que proveerse de habitación y cuidar de su sustento, pero él mismo ofrece contribuir a los gastos de sus hijos con la cantidad de 100 € mensuales. La cantidad es razonable, habida cuenta de que la actora ha reconocido que obtiene rentas de su trabajo y ayuda social destinada a los hijos.

Por todo lo dicho el motivo del recurso debe ser estimado parcialmente.

TERCERO. - El segundo de los motivos del recurso se refiere al régimen de visitas de los hijos con el padre. A tal efecto, las dificultades que constan de carecer de vivienda en la que albergarlos, así como el distanciamiento que ha existido con los mismos durante el tiempo que ha estado en prisión, justifica la medida establecida de que las visitas se realicen el punt de trobada más cercano al domicilio de los hijos. En lo que se refiere a la ampliación del mismo, no es posible acordarla si antes verificar que el recurrente cumple adecuadamente con el pago de los alimentos y con las visitas por lo que, en todo caso, podrá ser ampliado siempre que consten dichas circunstancias, es decir, estar al corriente en el pago de los alimentos a los hijos, y el informe favorable del punt de trobada, y sea solicitado por el apelante en expediente de jurisdicción voluntaria. Con ello se da cumplimiento a lo que establece el artículo 236-4.3 del CCCat, puesto que en la realidad de las cosas el padre ha hecho dejación de sus deberes parentales, y es la madre la que ha venido ejerciendo de forma exclusiva la potestad parental a la que se refiere el artículo 236-10 del CCCat.

Lo anterior no es obstáculo para que, habida cuenta de la edad de los hijos, puedan ampliarse las estancias de los hijos con el padre por mutuo acuerdo.

CUARTO. - La estimación parcial del recurso del demandado determina que no proceda realizar especial declaración sobre las costas de la alzada, de conformidad con lo que establecen los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el señor Gines, contra la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017, del Juzgado de 1ª Instancia nº QUINCE de BARCELONA, sobre DIVORCIO, (autos nº 98/2016), en el que ha sido parte apelada la Señora María Cristina, y ha intervenido el MINISTERIO FISCAL en defensa de los intereses de los menores, revocamos dicha resolución en los únicos extremos de:

a) reducir la cuantía de la prestación alimenticia para los hijos menores, que se fijan para lo sucesivo en 100 € al mes, que deberán ser ingresados por el recurrente sin excusa ni pretexto en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la mujer designe; con el apercibimiento de que si no lo hiciera le será retenida la prestación no contributiva que percibe; dicha cantidad se incrementará cada primero de año con el IPC para Cataluña del año anterior; más el 50 % de los gastos extraordinarios;

b) por lo que se refiere a las visitas, una vez normalizado el pago de los alimentos, y previo informe favorable del punt de trobada que certifique que las visitas se han realizado con normalidad en un periodo mínimo de cuatro meses, se podrá ampliar mediante la interposición de solicitud en expediente de jurisdicción voluntaria; y



c) debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución impugnada en cuanto al resto de sus pronunciamientos; sin pronunciamiento especial respecto a las costas de la apelación.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJPOJ