



Roj: **SAP B 3980/2019 - ECLI:ES:APB:2019:3980**

Id Cendoj: **08019370122019100258**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **15/04/2019**

Nº de Recurso: **472/2018**

Nº de Resolución: **261/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICENTE ATAULFO BALLESTA BERNAL**

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.: 0818442120158064934

Recurso de apelación 472/2018 -B2

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 127/2016

Parte recurrente/Solicitante: Mónica

Procurador/a: M. PILAR MAMPEL TUSELL

Abogado/a: Vidal Masramon Carmona

Parte recurrida: Eladio

Procurador/a: MIRIAM ANILLO MANCHEÑO

Abogado/a: María Jesús Mateo Ferrús

SENTENCIA Nº 261/2019

Magistrados:

Doña María Gema Espinosa Conde

Don Vicente Ballesta Bernal

Doña María Isabel Tomas García

En Barcelona, a 15 de abril de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 2 de mayo de 2018 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 127/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora M. PILAR MAMPEL TUSELL, en nombre y representación de Mónica contra Sentencia de fecha 31/01/2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora MIRIAM ANILLO MANCHEÑO, en nombre y representación de Eladio .



SEGUNDO . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "ESTIMO la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales Dña. Miriam Anillo Mancheño en nombre y representación de Eladio frente a Mónica y decreto la disolución del matrimonio celebrado entre ambos en el día 29 de junio del 2005 en DIRECCION003 (Barcelona).

Se declara disuelto el régimen económico matrimonial que ligara a las partes, adjudicándose la propiedad de la vivienda sita en la CALLE000 NUM000 de DIRECCION001 (DIRECCION002) a Eladio quien abonar a a Mónica el importe de 70.000 euros en el plazo de 7 días desde la notificación de la presente resolución, con independencia de que la sentencia sea recurrida, en la cuenta bancaria que Mónica designe al efecto.

Se establecen las siguientes medidas definitivas:

.patria potestad. La patria potestad sobre la menor de edad en común fruto del matrimonio, Africa será compartida entre ambos progenitores.

En consecuencia, Eladio y Mónica deberán comunicarse todas las decisiones que, con respecto a sus hijos, adopten en el futuro, así como todo aquello que, conforme al interés prioritario de los hijos, deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo.

Ambos padres participarán en las decisiones que, con respecto a los hijos, tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que se vayan a adoptar en relación a la residencia de los menores o las que afecten al ámbito escolar, sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas.

El progenitor que en cada momento se encuentre en compañía de los hijos, podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta, en los casos en que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueda producir.

La guardia y custodia de la menor Africa se atribuye al sr. Eladio .

. Régimen de visitas: sin perjuicio de acuerdo entre las partes, se fija el siguiente régimen de visitas: primer fin de semana de cada mes de viernes a domingo, trasladándose la Sra. Mónica a Barcelona para cumplir con dicho régimen de visitas.

.vacaciones: Las vacaciones de verano, de Semana Santa y Navidad se repartirán por mitad, eligiendo la madre los años y pares y el padre los impares.

. pensión de alimentos y gastos extraordinarios. Se fija una pensión de alimentos a cargo de la Sra. Mónica de 130 euros mensuales que se harán efectivos dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que el sr. Eladio designe al efecto, que se actualiza anualmente conforme al IPC.

En relación con los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales uniforme y libro escolares, gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, deportes, idiomas, actividades extraescolares, y otros similares, deberán ser satisfechos en proporción 20% la Sra. Mónica y 80% el sr. Eladio .

Firme que sea esta Sentencia, en su caso, procédase a su inscripción en el Registro Civil. Comuníquese, en su caso al Registro Civil Central."

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 10/04/2019.

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

Se designó ponente el Magistrado Don Vicente Ballesta Bernal .

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. - La sentencia de fecha 31 de enero de 2.018, recaída en la primera instancia en los autos de Divorcio Contencioso nº 127/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000 , seguidos a instancia de Don Eladio contra Doña Mónica , estima la demanda formulada y declara la disolución del matrimonio contraído por los ahora litigantes en fecha 29 de junio de 2.005, declara disuelto el régimen económico matrimonial que ligaba a las partes, adjudicando la propiedad de la vivienda sita en C/ CALLE000 nº NUM000 de DIRECCION001 (DIRECCION002) al demandante (Sr. Eladio), quien abonará a la Sra. Mónica la cantidad de



70.000,00 Euros en el plazo de 7 días desde la notificación de esa resolución en la cuenta bancaria designada al efecto.

La misma resolución recaída en la primera instancia adopta las medidas definitivas que se detallan en el su parte dispositiva, y que en estos momentos, con una finalidad meramente expositiva, concretamos y resumimos a los efectos del presente recurso de apelación, de la siguiente forma:

1ª.- Atribuye al padre demandante, Sr. Eladio , la Guarda de la hija común, Africa , nacida el NUM001 de 2.008 en Barcelona, siendo conjunta por parte de ambos progenitores la patria potestad de la menor.

2ª.- Establece un régimen de visitas, para que la menor pueda estar en compañía de su progenitora no custodia de un fin de semana al mes (el primero de cada mes), de viernes a domingo, trasladándose la madre a Barcelona desde Alemania donde tiene su residencia, con la finalidad de cumplir con dicho régimen de visitas.

Además, las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, la menor las pasará por mitad con cada uno de sus progenitores, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.

3ª.- Establece una Pensión de Alimentos a favor de la hija común y a cargo de la madre de 130,00 Euros mensuales siendo los Gastos Extraordinarios de la hija común, a cargo de ambos progenitores en la proporción de 80 % el padre y el 20 % restante la madre, precisando además que se entiende por Gastos Extraordinarios los uniformes y libros escolares, Gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, deportes, idiomas, actividades extraescolares y otros similares.

Frente a la referida resolución, la Sra. Mónica , interpone recurso de apelación, en el que de forma previa alega una Vulneración de Derechos Fundamentales (Vulneración de la Tutela Judicial Efectiva e Indefensión), y además impugna los siguientes pronunciamientos de la resolución recurrida:

1º.- Reitera, de forma ciertamente confusa puesto que alega que de estimarse puede resultar perjudicial para la hija común menor de edad de los litigantes, la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia para conocer de las presentes actuaciones, y solicita para el supuesto de que no se aprecie, que se declare la firmeza de la disolución del vínculo por divorcio y ratifique y mantenga el acuerdo alcanzado sobre liquidación de la vivienda familiar y el régimen económico del matrimonio.

2º.- Impugna las siguientes Medidas Definitivas adoptadas en la sentencia recurrida:

A) Atribución al padre de la Guarda de la hija común, se debe atribuir a la madre y autorizar la residencia de la menor en Berlín, estableciéndose un régimen de visitas para que el padre pueda tener consigo a su hija menor de edad, y una pensión de alimentos a favor de la menor y a cargo de su progenitor no custodio.

B) De forma subsidiaria, si no se acuerda el traslado de la menor a Berlín, solicita que se le atribuya de igual forma la Guarda de la hija común, siendo la madre la que se traslade a la ciudad de Barcelona, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre y una pensión de alimentos de la menor a cargo de este último.

C) Como segunda petición subsidiaria, solicita la recurrente que para el supuesto de que se mantenga la Guarda de la menor a favor del padre, se establezca un régimen de visitas amplio de dos fines de semana al mes (primero y tercero de cada mes), pasando la menor las vacaciones escolares en la forma que se detalla en el recurso que se interpone contra la sentencia recaída en la primera instancia. Igualmente, de mantenerse la Guarda de la menor a favor del padre, los gastos de la menor deberán ser abonados en la proporción de 60 % el padre y 40 % la madre, siendo los gastos relativos a los desplazamientos de la menor a cargo de ambos progenitores por mitad.

El Sr. Eladio y el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso de apelación interpuesto de contrario y solicitan la confirmación de la sentencia recaída en la primera instancia.

SEGUNDO .- Sobre la vulneración de Derechos Fundamentales, Tutela Judicial Efectiva e Indefensión.

A) VULNERACION DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.

Por "proceso público sin dilaciones indebidas" hay que entender el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción.

El mero incumplimiento de los plazos procesales por sí mismo no es constitutivo de violación de este derecho fundamental, pues el artículo 24.2 de la Constitución Española no ha constitucionalizado el derecho al respeto de esos plazos, por lo que no toda dilación o retraso en el proceso puede identificarse con tal violación constitucional, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas por el Tribunal Constitucional como un supuesto extremo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad



de los órganos encargados de la Administración de Justicia. La razonabilidad de la duración del proceso debe tener en cuenta la especificidad del caso concreto y ponerse en relación con la correspondiente decisión que se pretende del órgano judicial y respecto a la cual se predica el excesivo retraso constitutivo de una dilación indebida.

En el presente supuesto, basta un examen de las actuaciones para comprobar la inexistencia de esta infracción que se alega por la recurrente, en primer lugar porque la demanda inicial de las presentes actuaciones fue presentada ante el Juzgado Decano en fecha 26 de febrero de 2.016 y no en el año 2.015 como se afirma por la recurrente, y en segundo lugar porque se han practicado en las actuaciones diligencias como el Informe emitido por el EATAF, necesitados de actuaciones (exploración de menores, entrevistas con los padres, solicitud de informes y estudio de los mismos, elaboración de informes etc) que requieren un periodo prolongado de tiempo, a la vez que se trata de un procedimiento en el que las partes y de forma concreta la parte ahora recurrente, haciendo uso de su derecho, recurre todas las resoluciones de trámite que estima conveniente, lo cual si bien es demostrativo de una normalidad procesal mediante la utilización de su derecho de defensa en la forma que estima conveniente, no cabe duda que influye en una mayor dilación de las actuaciones, y ello al margen de una saturación de los órganos judiciales (basta observar el número de procedimiento del juzgado de primera instancia 127/16, cuando la demanda inicial se presenta en el mes de febrero de ese año), y ello sin hacer mención a la necesidad de estudio de las actuaciones en las que constan escritos de un complejidad considerable con todo tipo de pretensiones principales y subsidiarias (a título de ejemplo solamente el escrito interponiendo el recurso de apelación en el presente caso consta de 64 folios), y ello al margen de la tramitación de una Declinatoria por falta de competencia internacional que supone la suspensión del procedimiento principal en virtud de lo que dispone el artículo 64, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hasta el momento en el que la declinatoria sea resuelta, lo que evita de una mayor fundamentación al respecto.

B) LENTITUD Y FUNCIONAMIENTO NO ADECUADO EN PROCEDIMIENTOS PARALELOS.

La parte recurrente hace referencia a un procedimiento de medidas cautelares en base a lo que dispone el artículo 158 del C. Civil así como a un procedimiento de jurisdicción voluntaria que manifiesta que no se resolvió a tiempo, debiendo realizar las alegaciones correspondientes e interponer los recursos que procedan en dichos procedimientos, sin que se pueda entrar a conocer de los mismos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en los autos de Divorcio tramitados por las partes litigantes en la primera instancia.

C) VULNERACION DEL DERECHO DE LA MENOR A SER ESCUCHADA.

Respecto a la solicitud formulada por la representación de la parte actora y recurrente, que se refiere a la diligencia de audiencia de la hija menor, es de constatar que consta en los autos el parecer de la menor a través de las intervenciones técnicas realizadas. En cualquier caso, la diligencia de exploración de menores por el tribunal no tiene naturaleza de prueba susceptible de ser solicitada por las partes. Únicamente procede su práctica cuando el tribunal tenga dudas sobre la vigencia de las informaciones recibidas de forma indirecta y, si resultara necesaria, el propio tribunal podrá acordarla en el momento del enjuiciamiento.

Ahora bien, en el presente caso la hija común de los litigantes Africa , nació en fecha NUM001 de 2.008, por lo que acaba de cumplir en estos momentos históricos la edad de 11 años, por lo que cuando se solicita su práctica por la parte tenía 9 años de edad, lo que justifica de forma sobrada la negativa a su práctica y más teniendo en cuenta que la menor había sido explorada de forma repetida como se pone de manifiesto en los distintos informes que constan aportados a las actuaciones, lo que en absoluto supone una infracción del derecho de la menor a ser escuchada, por cuanto al juzgador de instancia le consta la opinión de la menor, sino respeto absoluto al interés del menor, al no considerarse necesario que dada la edad del mismo, deba ser explorado una vez más, en este caso judicialmente.

D) INFRACCION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE PARTES.

En este supuesto y mediante la infracción alegada, se encubre una disconformidad de la parte recurrente sobre la valoración de la prueba que se realiza por el Juzgador de Instancia de las periciales de las partes y del Informe del EATAF que consta aportado a las presentes actuaciones, por lo que su valoración en todo caso debe remitirse al estudio de cada uno de los motivos de oposición igualmente articulados por la recurrente.

E) NO PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PETICIONES DE ESTA PARTE.

Alega la parte recurrente que durante la vista principal celebrada en la primera instancia introduce unas pretensiones subsidiarias, que no se resuelven en la sentencia recurrida.



No asiste la razón a la parte recurrente. Debe tenerse en cuenta que se denuncia, en esencia, una infracción procesal consistente en la omisión de todo pronunciamiento sobre determinadas pretensiones formuladas en la primera instancia. Como tal, su examen en apelación queda sujeto al cumplimiento de los requisitos del art. 459 LEC , que exige la denuncia de la infracción en la primera instancia si existe oportunidad procesal al respecto. En este caso la hay. Viene dada por el art. 215.1 LEC : "las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior". En concreto, el apartado 2 de este mismo precepto, señala que "si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Secretario judicial de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla".

En el supuesto objeto de este recurso la parte apelante no solicitó del Tribunal a quo el complemento de la Sentencia recurrida al objeto de que se efectuara el correspondiente pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas en el acto de la Vista principal celebrada en la primera instancia, por lo que no puede subsanar en esta alzada una cuestión que pudo solventarse en la primera instancia. En este sentido, la STS de 8 de octubre de 2013 (rec. nº 778/2011 ; Pte. Excmo. Sr. Saraza Jimena): "esta Sala, cuando se trata de denunciar la incongruencia por falta de pronunciamiento, viene exigiendo la denuncia previa de dicha omisión por el mecanismo previsto en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ("Subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos").

Así la sentencia núm. 712/2010, de 11 de noviembre, recurso núm. 1881/2005 , establece que "ante la incongruencia por omisión, la recurrente tenía la posibilidad de denunciar en la segunda instancia esta infracción mediante el ejercicio de la petición de complemento de la sentencia que prevé el artículo 215.2 LEC -que utilizó para otras cuestiones- y que hubiera permitido su subsanación. No habiendo acudido a este procedimiento, la denuncia de esta infracción es inadmisibile y, en el trance de dictar sentencia en que nos encontramos, debe ser desestimada".

En el mismo sentido cabe citar las sentencias núm. 5/2011, de 18 de enero, recurso núm. 22/2008 , y núm. 891/2011, de 29 de noviembre, recurso núm. 1893/2008 . Asimismo, tal criterio ha sido recogido en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión para la aplicación de las reformas introducidas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

Sentado lo anterior, es de una claridad meridiana que en el presente caso, tratándose de las medidas definitivas que afectan a una menor de edad, no queda vedada la posibilidad de entrar a conocer sobre tales medidas en esta segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por la parte contra las adoptadas en la primera instancia y tratarse de una cuestión de orden público.

TERCERO. - Sobre la Declinatoria internacional que se resuelve por Auto de 26 de septiembre de 2.016.

De forma previa y con una finalidad meramente expositiva a los efectos que ahora se dilucidan, resulta necesaria una referencia a las actuaciones procesales con anterioridad a la tramitación de las presentes actuaciones:

1º) En fecha 31 de marzo de 2.015, la representación del Sr. Eladio , presenta demanda de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, a la que se acumula una demanda de medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil .

El procedimiento de medidas cautelares es resuelto por Auto de fecha 9 de abril de 2.015, que deniega las medidas urgentes interesadas.

2º) En el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, la representación de la parte demandada de medidas, Sra. Mónica , presenta escrito promoviendo una Declinatoria, que es resuelta por Auto de 16 de diciembre de 2.015, que desestima la declinatoria formulada y se declara competente para conocer de las referidas medidas provisionales previas a la demanda de divorcio en base a lo que dispone el artículo 3 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea nº 2201/2003, de 27 de noviembre , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

3º) Declarada la competencia de los tribunales españoles para conocer de las medidas provisionales previas a la demanda de divorcio, se celebra la Vista en esas actuaciones, recayendo Auto de fecha 16 de febrero de 2.016.



4º) La representación del Sr. Eladio dentro del plazo legalmente previsto (artículo 771, 1 en relación con el artículo 771, 5 de la LEC) de Treinta Días siguientes al Auto de medidas provisionales previas, presenta la correspondiente demanda de divorcio en fecha 25 de febrero de 2.016.

5º) No resulta controvertido que la hija común de los litigantes se marcha a Alemania donde realiza el curso 2.014-2015 en compañía de su madre que se había desplazado a Berlín con la finalidad de realizar estudios referentes a la tesis doctoral, y que desde el mes de septiembre de 2.015 la hija común de los litigantes vuelve a residir con el padre y se encuentra escolarizada en Barcelona, permaneciendo la madre en Alemania finalizando sus estudios y colaborando con el Departamento de Historia de la Universidad, presentándose la demanda inicial de las presentes actuaciones en fecha 25 de febrero de 2.016.

6º) El Sr. Eladio es de **nacionalidad** italiana, y la Sra. Mónica , es de origen colombiano y le ha sido concedido la **nacionalidad** alemana, y ostenta la doble **nacionalidad**, contrajeron matrimonio en DIRECCION003 (Barcelona) en fecha 29 de junio de 2.005, teniendo su último domicilio común en la localidad de DIRECCION001 de DIRECCION002 .

Partiendo de cuanto ha quedado expuesto, debemos poner de manifiesto que El Reglamento nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental conocido como Bruselas II bis, dictado al amparo del artículo 61.C del Tratado de la Comunidad Europea e introducido por el Tratado de Ámsterdam, se aplica en todos los estados miembros de la Unión Europea excepto en Dinamarca desde el 1 de marzo de 2005. Dicho Reglamento se aplica en materia de competencia judicial internacional por encima de la Ley interna en virtud del artículo 96 de la C.E . y del artículo 21 de la L.O.P.J . en los supuestos en los que se den sus ámbitos de aplicación material, temporal y espacial.

El referido Reglamento Bruselas II bis recoge en sus considerandos los elementos esenciales a ponderar, así como los principios inspiradores de su redacción, siendo de destacar la diferencia que se realiza en el mismo atendiendo a la materia sobre la cual versen las resoluciones judiciales o las pretensiones de la partes, incidiendo de forma expresa en las cuestiones que afectan a la responsabilidad parental, destacando en ese aspecto en el considerando décimo segundo que "las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad", esto significa por lo tanto que "son los órganos jurisdiccionales del estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual, los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental" y es precisamente dentro de ese ámbito de protección al interés del menor donde se permite (considerando decimotercero) la remisión del asunto a otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, siempre entendiendo que con ello se facilita un mejor conocimiento del caso y fundamentalmente de la situación del menor.

Por lo que respecta a las obligaciones alimenticias resulta de aplicación el Reglamento CE/4/2009 (artículo 4,2) y los arts. 10,3 , 18 y 20 del Convenio de la Haya de 23 de noviembre de 2.007 , correspondiendo la competencia de igual forma al domicilio del menor.

El Reglamento CE 2201/2003, atribuye de igual forma la competencia para resolver cuestiones relativas al divorcio de los cónyuges, en virtud de lo que dispone el artículo 3.1.a : " *En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre:*

---- *la residencia habitual de los cónyuges, o*

---- *el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aun resida allí, o*

---- *la residencia habitual del demandado, o*

---- *en caso de demanda conjunta, la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o*

---- *la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o*

---- *la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio.*

Partiendo de cuanto ha quedado expuesto resulta necesario declarar la competencia del tribunal español (Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000), para conocer del procedimiento de divorcio del



matrimonio formado por los ahora litigantes en virtud de lo que establece el artículo 3 del Reglamento 2201/2003 , al ser el último domicilio común de los cónyuges ahora litigantes y residir allí uno de ellos, correspondiéndole la competencia igualmente para conocer en materia de responsabilidad parental obligaciones alimenticias, y consiguientemente, sobre las cuestiones relativas a la menor que se dilucidan en el presente procedimiento y ello al ser en beneficio del menor al tratarse del lugar correspondiente al domicilio de la menor.

Alega la recurrente que la residencia de la menor se encontraba en Alemania, sin embargo, tal extremo no puede considerarse acreditado por cuanto cuando se presenta la demanda inicial de las actuaciones la menor convivía con su padre en el que había constituido el domicilio familiar, no existe declaración alguna de sustracción de la menor por parte del padre, el hecho de que ambos progenitores se pusieran de acuerdo sobre el extremo que la menor pasara en compañía de su madre un curso escolar o un determinado tiempo no acredita la alegación que se realiza sobre la existencia de un secuestro de la menor, por lo que debe concluirse que cuando se presenta la demanda inicial la menor tenía su domicilio en España, en la vivienda que había constituido el domicilio familiar, se encontraba escolarizada y además se habían adoptado unas medidas provisionales en fecha 16 de febrero de 2.016, lo que origina la presentación de la demanda inicial de las presentes actuaciones.

Lo que ha quedado fundamentado debe ponerse en relación con la propia alegación del recurrente en su escrito de interposición del recurso de apelación (folio 10 del referido escrito), donde se dice que "**entiende esta parte que la resolución favorable de la misma (se refiere a la declinatoria por falta de competencia internacional de los Juzgados de DIRECCION000) por parte de la A.P. de Barcelona, llegaría en cualquier caso tarde y puede incluso perjudicar el interés superior de la menor a una resolución del caso sin dilaciones.....**".

De cuanto ha quedado expuesto se desprende la procedencia de desestimar este motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en la primera instancia.

CUARTO .- Sobre la Guarda de la hija común, Africa , nacida el NUM001 de 2.008 en Barcelona.

En la forma expuesta en el fundamento primero de la presente resolución la sentencia recurrida atribuye al padre Sr. Eladio , la Guarda de la hija común de los ahora litigantes, Africa , que en la actualidad cuenta 11 años de edad. Por su parte, la recurrente Sra. Mónica , solicita que sea revocado este pronunciamiento de la referida resolución y se atribuya a la madre la Guarda de la menor.

De forma reiterada el TSJC, ha venido resaltando (SSTSJC 31-7-2008 , 5-9-2008 , 25-6-2009 , 3-3-2010 , 8-3-2010 , 30-5-2013 y 14-10-2015) la supremacía del interés del menor como el parámetro esencial para la determinación de los sistemas de guarda para posibilitar el desarrollo integral del menor, como viene exigido por el artículo 39 de la Constitución , los artículos 12 y 15 del Reglamento de la Unión europea 2201/2003 de 27 de noviembre, por los tratados internacionales (art. 3 Convención sobre los derechos del niño de 1989) y en el artículo 211.6.1 del CCCat .

Corresponde al juez, en último término, la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando la situación concurrente teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que se dan en cada supuesto.

En orden a la determinación de la guarda y custodia de los menores y su forma de ejercicio, el artículo 233-11 del CCCat establece los criterios a considerar ponderándolos adecuadamente. Dichas pautas son:

- a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- e) La opinión expresada por los hijos.
- f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.



Aporta la actora recurrente dos Informes periciales de parte, el primero de fecha 2 de marzo de 2.017, y el segundo de fecha 5 de diciembre de 2.017, que se emite por la Doctora en Psicología Doña Melisa , en el que se destaca que Africa a nivel emocional continúa presentando síntomas de tristeza, dispersión y malestar emocional, si bien admite que a nivel familiar mantiene vinculación afectiva tanto con su madre como con su padre, valorando a ambos como cuidadores y figuras de referencia, manifestando su deseo de querer vivir con su madre en Berlín, y valora que la organización familiar que se mantiene en el momento de emitir el Informe no está siendo una opción garantista de los intereses y bienestar emocional de la menor, por lo que considera como prioritario que se revisen y modifiquen las condiciones actuales que rigen la organización familiar de Africa por cuanto no se aprecia que esté velando de forma adecuada por el bienestar de la menor y concluye que un sistema de guarda materno repercutiría de forma favorable en el bienestar de la menor.

Igualmente constan aportados a las presentes actuaciones dos Informes periciales de la parte ahora recurrida, Sr. Eladio , emitidos por la Dra. en Psicología Doña Sabina , el más actualizado de ellos de fecha 7 de junio de 2.017, en el que se pone de manifiesto que la menor se muestra vinculada afectivamente a ambos progenitores, otorgando en ese momento el rol de cuidador principal al padre, si bien coincide con el Informe de la parte demandante en el sentido de que la menor Africa muestra sentimientos de tristeza, añoranza e incomprensión como consecuencia de la residencia de su madre en Berlín. Además se pone de manifiesto que la menor se encuentra correctamente escolarizada y que su situación personal es estable, y considera la perito informante que el sistema de guarda paterna responde de forma garantista a las necesidades e intereses de la menor, mostrándose la perito contraria a la posibilidad de un nuevo cambio de domicilio de la menor a Alemania, si bien recomienda ampliar los contactos de la menor con su madre.

Consta igualmente aportado a las actuaciones una Certificación de Doña Visitacion , Secretaria de la Escuela DIRECCION004 de DIRECCION002 , donde se pone de manifiesto que la alumna Africa se encuentra matriculada en ese centro desde el mes de septiembre de 2.015 en el segundo curso de educación primaria y que en ese momento (7 de junio de 2.017) está cursando tercer curso de Educación primaria. Que Africa no ha presentado faltas de asistencia injustificadas durante el curso 2016-2017, y que su evolución es buena, tanto a nivel académico como social y emocional, que participa con normalidad de las actividades propuestas por los profesores y tiene una buena relación con los adultos y con los compañeros de clase, sin que presente ningún indicador de desatención a nivel de higiene, indumentaria y alimentación, lo que debe ponerse en relación con los restantes Informes escolares que constan aportados a las actuaciones.

Igualmente consta aportado a las actuaciones, el Informe de fecha 26 de julio de 2.017, emitido por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil en el Ambito de Familia, firmado por Doña Carolina (Trabajadora Social), en el que tras el estudio del expediente judicial, entrevistas con los progenitores y sesión con la menor y tras las prácticas de cuantas actuaciones y diligencias se han considerado procedentes (contacto telefónico con el Director del centro escolar etc.), se concluye que ambos progenitores disponen de recursos y competencias suficientes para hacerse cargo de la atención y cuidado de su hija menor de edad, que cada uno de ellos dispone de un perfil de competencias con puntos fuertes y débiles que podrían ser complementarios si el contexto relacional y la disposición lo permitiese, pero que ambos han reaccionado, en algunos momentos, desde la confrontación sin considerar previamente los posibles efectos sobre su hija.

Por lo que hace referencia a la menor Africa , se pone de manifiesto en el referido Informe del EATAF que de mantenerse la situación actual se garantizaría la continuidad en su formación, aunque tampoco se aprecian indicadores de riesgo que hagan pensar en un desajuste importante en caso de que se realizara el traslado a Alemania, considerando que las dos alternativas de organización de la custodia pueden garantizar el bienestar de la hija, poniendo de manifiesto los siguientes indicadores de riesgo: A) la sobreexposición de la menor a cambios en sus referentes en un momento complejo como es la ruptura conyugal de sus progenitores. B) La no preservación de la hija del conflicto adulto y la sobrecarga emocional que le ha generado. C) La disfuncionalidad de la comunicación parental y la confrontación entre ambos que se ha ido consolidando durante la tramitación de los procesos judiciales. D) La actitud materna de erigirse como única cuidadora válida y los sentimientos de frustración y padecimiento que le genera no conseguir sus expectativas, lo que le lleva a una gestión deficitaria en algunos momentos.

Concluye el Informe debatido en el sentido de que en caso de que sea el padre quien asuma las responsabilidades del cuidado de la hija, se mantendría el entorno escolar, social etc., debiendo valorarse que en este caso se facilitaría la relación materno filial tal y como ha venido haciéndose, mientras que en el caso de que se atribuyera la Guarda a la madre, la hija menor perdería su entorno de referencia y se integraría en un entorno que puede asociar a una experiencia anterior un tanto negativa lo que significaría un nuevo esfuerzo de readaptación.



De cuanto ha quedado expuesto en relación con el resto de la documentación obrante en las actuaciones y demás pruebas practicadas en el acto de la Vista celebrada en las presentes actuaciones, valoradas todas ellas con arreglo a las normas de una sana crítica, debemos concluir lo siguiente:

— Ambos progenitores cuentan con las habilidades parentales necesarias y con los recursos suficientes para atender a la hija común Africa , debiendo corregir la madre su tendencia a no compartir el lugar como figura referente de la menor, la que se encuentra vinculada afectivamente a ambos progenitores.

— El Sr. Eladio tomó la decisión de condicionar su vida personal, familiar y laboral con la finalidad de adaptarse al cuidado y atención de su hija menor de edad. Así, manifiesta que solicitó la reducción de su jornada laboral disponiendo de un horario laboral de mañanas de lunes a viernes, y además ha renunciado a trasladarse a Italia, su País de origen donde se encuentra su familia extensa, y además ha venido haciéndose cargo de los gastos y necesidades de su hija menor.

— En la forma que ha quedado expuesta con anterioridad, el Sr. Eladio , aparece como la figura que puede de alguna forma garantizar la relación de la hija menor de edad con ambos progenitores (informe EATAF referenciado con anterioridad).

— Consta acreditado que durante la convivencia familiar fueron ambos progenitores los que se encargaron del cuidado y atención de su hija Africa (ambos acudía a reuniones escolares, visitas médicas etc.), y desde la vuelta de la menor hace ya casi cuatro años, es el padre el que de forma fundamental se hace cargo del cuidado de Africa y su evolución escolar y personal.

— La menor se muestra fuertemente vinculada a ambos progenitores, tanto a la madre como al padre y extraña la presencia de la primera, aun cuando de la prueba practicada se desprende una preferencia por tener su residencia en el que considera su domicilio familiar.

— Los domicilios alejados de los progenitores no dejan otra solución que atribuir la guarda de la menor a uno de sus progenitores.

Valorando todos los datos que han quedado expuestos debemos confirmar el pronunciamiento de la sentencia recurrida que atribuye al padre la guarda de la hija común menor de edad.

QUINTO .- Sobre la petición subsidiaria 1ª: Para el caso de que no se autorice el traslado de la menor a Berlín, solicita de igual forma la GUARDA de la menor a favor de la madre recurrente.

A la vista de la fundamentación expuesta en la fundamentación precedente, de la que se deriva la procedencia de mantener a favor del padre la guarda de la hija menor de edad, debe desestimarse de igual forma esta pretensión de la recurrente.

Consta que la madre tiene su domicilio y trabajo en Alemania, por lo que en el caso de que se modifiquen estas circunstancias de forma permanente y estable (como puede ser el cambio de domicilio que parece anunciar), podrá solicitarse una modificación de medidas en el que se estudiarán las circunstancias que concurran en ese momento y se adoptará la decisión al respecto que se considere de interés para la hija menor de edad en ese momento.

SEXTO.- Sobre la segunda petición subsidiaria: Para el caso de que se mantenga la GUARDA de la menor a favor del padre, se interesa por la recurrente un régimen de visitas y estancias en las vacaciones escolares de la menor amplio y adaptado a las actuales circunstancias.

1º) Por lo que respecta a la pretensión de que se establezca un régimen de visitas de dos fines de semana al mes (primero y tercero de cada mes), desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 19,00 horas, pudiendo cumplirse en Alemania, debemos reiterar la supremacía del interés del menor como el parámetro esencial para la determinación de los sistemas de guarda y relaciones parentales del menor, y ello para posibilitar el desarrollo integral del menor. Por ello, en las circunstancias actuales no puede considerarse apropiado un régimen de visitas que no solamente supone un gran esfuerzo para la menor sino que además resulta de difícil cumplimiento y más teniendo en consideración que el mismo se vincula a la solicitud de que los gastos de los viajes sean abonados por mitad por los progenitores.

2º) De la misma forma, se interesa por la recurrente para este supuesto que las vacaciones escolares de la menor deberán repartirse en la proporción de 2/3 partes a favor del progenitor con el que no reside y podrán cumplirse en el lugar que se designe por el progenitor con el que ha de pasar las vacaciones.

La sentencia recurrida establece que las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, se repartirán por mitad entre los progenitores, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares.



Valorando la totalidad de la prueba practicada en las presentes actuaciones, la distancia existente entre los domicilios de los progenitores que condiciona el régimen de visitas correspondiente a los fines de semana, el deseo de la menor de mantener el mayor contacto posible con la madre ahora recurrente, así como la propia edad de la hija común de los litigantes que ha cumplido ya 11 años, debe accederse a la solicitud que se formula por ésta de que el régimen de estancias de las vacaciones escolares se modifique de forma que la menor esté en compañía de su madre las dos terceras partes del tiempo que corresponde a tales vacaciones, pasando la menor el tiempo restante en compañía de su progenitor custodio. En defecto de pacto, escogerá periodo el padre los años pares y la madre los impares.

Igualmente, atendiendo la edad de la menor, la escolarización en la provincia de Barcelona, donde la menor mantiene su entorno escolar y social, y con la finalidad de que la madre pueda compaginar su actividad profesional y la atención de su hija menor de edad, se estima conveniente autorizar a la madre para que pueda tener a su hija en su compañía en el lugar donde se encuentre en el periodo de vacaciones escolares de la menor.

Interesa la recurrente que se autorice la escolarización de la menor en un centro escolar distinto al que viene asistiendo (Escuela DIRECCION005), sin embargo, consta documentalmente acreditado que la menor se encuentra correctamente adaptada al centro escolar al que viene asistiendo con todo normalidad, por lo que a falta de acuerdo al respecto entre los progenitores, no se autoriza el cambio de centro escolar de la menor.

La comunicación de cualquiera de los progenitores con su hija menor de edad, cuando no se encuentre en su compañía, podrá ser diaria por skype u otro medio que se acuerde por los progenitores, si bien con la finalidad de respetar la distribución de tiempos, deberá realizarse entre la franja horaria comprendida entre las 19,30 y las 20,30 horas de cada día.

3º) Sobre la cuantía de la pensión de alimentos de la hija común, en este supuesto de atribución al padre de la Guarda de la menor.

Ya ha quedado expuesto en el fundamento primero de la presente resolución que la sentencia recurrida establece una Pensión de Alimentos a favor de la hija común y a cargo de la madre de 130,00 Euros mensuales siendo los Gastos Extraordinarios de la hija común, a cargo de ambos progenitores en la proporción de 80 % el padre y el 20 % restante la madre, precisando además que se comprenden dentro de estos Gastos Extraordinarios los uniformes y libros escolares, Gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, deportes, idiomas, actividades extraescolares y otros similares.

Como se expone en la sentencia recaída en la primera instancia, "para fijar dicha pensión se ha tenido también en cuenta los distintos ingresos de los progenitores (unos 1.200,00 Euros el Sr. Eladio y unos 800,00 Euros mensuales la Sra. Mónica), así como el hecho de que la madre tiene que sufragarse los gastos para cumplir con el régimen de visitas establecido".

Pues bien, no se discute por los litigantes la realidad de las cuantías mensuales que se percibe por cada uno de ellos y se limita la recurrente a solicitar que en el caso de mantenerse la guarda de la menor a favor del padre, que se establezca la obligación de la madre de abonar el 60 % de los gastos ordinarios de la menor, siendo los desplazamientos de la menor a cargo de ambos progenitores por mitad. Sin embargo, no procede estimar esta pretensión de la recurrente, por cuanto significaría una mayor complejidad en las relaciones de los progenitores y seguramente una fuente de conflictos que pudieran repercutir de forma negativa en la hija menor, por lo que procede confirmar este pronunciamiento de la sentencia recurrida.

SEPTIMO .- El artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuya virtud, estimándose de forma parcial el recurso de apelación, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en esta alzada.

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

FALLAMOS:

Estimamos de forma parcial el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Mónica , contra la Sentencia de fecha 31 de enero de 2.018, recaída en la primera instancia en los autos de Divorcio Contencioso nº 127/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000 , seguidos a instancia de DON Eladio , y debemos revocar y REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida resolución, únicamente en el sentido de que se modifican las siguientes medidas definitivas:

1º) Se modifican las estancias correspondientes a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, de la hija común de los litigantes, Africa , de forma que la menor estará en compañía de su madre LAS DOS TERCERAS PARTES del tiempo que corresponde a tales vacaciones, pasando la menor el tiempo restante



en compañía de su progenitor custodio. En defecto de pacto, escogerá periodo el padre los años pares y la madre los impares.

2º) Se autoriza a la madre para que pueda tener a su hija en su compañía en el lugar donde se encuentre en el periodo de vacaciones escolares de la menor.

3º) La comunicación de cualquiera de los progenitores con su hija menor de edad, cuando no se encuentre en su compañía, podrá ser diaria por skype u otro medio que se acuerde por los progenitores, si bien con la finalidad de respetar la distribución de tiempos, deberá realizarse entre la franja horaria comprendida entre las 19,30 y las 20,30 horas de cada día.

Se mantienen el resto de las medidas definitivas adoptadas en la sentencia recaída en la primera instancia y objeto del recurso de apelación que ahora se resuelve.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas 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 :