

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia 1029/2018 de 13 Nov. 2018

Ponente: Tomás García, María Isabel

SENTENCIA Nº 1029/2018

DÑA. MARIA GEMA ESPINOSA CONDE

DÑA. Mª ISABEL TOMAS GARCÍA (Ponente)

DÑA. RAQUEL ALASTRUEY GRACIA

En Barcelona, a 13 de noviembre de 2018

La Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona formada por las Ilmas. Sras. Magistradas arriba identificadas ha visto en grado de apelación los autos de juicio verbal de familia nº 23/2017 seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº2 de Barcelona por demanda de Dña. Custodia representada por el procurador D. Antonio J. T. asistida de la letrada Dña. Luz M. M. contra D. Juan Manuel representado por la procuradora Dña. Salud R. B. asistido del letrado D. Bautista D. N. con intervención del Ministerio Fiscal, y que penden ante nosotros en virtud del recurso interpuesto por la actora contra la Sentencia dictada en dichas actuaciones en fecha 23/5/2017 y pronuncia la presente resolución en base a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- RESOLUCIÓN RECURRIDA. En el procedimiento tramitado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº2 de Barcelona recayó Sentencia el día 23/5/2017 en los autos número 23/2017 cuya parte dispositiva establece textualmente lo siguiente: "

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda promovida por el procurador D. Antonio J. T. en nombre y representación de Dña. Custodia contra D. Juan Manuel representado por la procuradora Dña. Salud R. B. en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal decretándose:

a.-Efectos personales y patrimoniales:

i.- Se atribuye la guarda y custodia de las dos hijas menores a doña Custodia siendo el ejercicio de la potestad parental compartida.

ii.-Se fija como régimen de visitas estancias y comunicación a favor del progenitor no custodio

1º fines de semana alternos con pernoctas desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada al centro escolar. Se unirán a los fines de semana los puentes.

2º Todos los martes desde la salida del colegio hasta el miércoles en que serán llevadas al centro escolar

3º Vacaciones por mitad correspondiendo la elección a la madre en los años pares y al padre en los impares. Los periodos se distribuirán de la siguiente forma:

Verano. Se tendrán en cuenta los meses de julio y agosto y se dividirán por quincenas. La primera quincena del mes de julio irá desde el día uno de este mes hasta las 10 horas del día 16 del mismo, iniciándose en este momento la segunda hasta las 10 horas del día 1 de agosto. La distribución del mes de agosto será igual.

Semana Santa: la primera mitad se iniciará la salida del colegio el último día lectivo hasta las 10 horas del jueves santo; y la segunda desde este momento hasta la entrada al colegio el día de reanudación de la actividad escolar.

Navidad :la primera mitad se iniciará la salida del colegio del último día lectivo hasta las 17 horas del día 31 de diciembre y la segunda desde este momento hasta el día de reanudación de las clases

iii.Se fija como pensión de alimentos a favor de las menores y a cargo del progenitor no custodio la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300 €) por cada una de las hijas menores, cantidad que será abonada por mensualidades anticipadas en los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizará anualmente

conforme al IPC para la comunidad autónoma de Cataluña publicado por el INE U organismo público privado que pudiera asumir en el futuro sus funciones.

iv.- Juan Manuel asumirá el pago del 80% de los gastos extraordinarios siendo el 20% restante a cargo de doña Custodia.

v.- Se prohíbe la salida del territorio nacional de las dos menores pudiéndolo hacer con el consentimiento de los dos progenitores, y a falta de éste con autorización judicial.

vi.- Se atribuye el uso a doña Custodia del que fue vivienda familiar sita en la CALLE000 número NUM000 NUM001 NUM002 de Barcelona sin que esta atribución modifique el título en virtud del cual se disfruta el inmueble.

b. No realizar condena en costas.

SEGUNDO.- LAS PARTES EN EL RECURSO. Contra dicha resolución la actora interpuso recurso de apelación al que se opusieron las interpeladas en el traslado conferido al efecto. A continuación las partes fueron emplazadas ante la Superioridad y todas ellas comparecieron en tiempo y forma.

TERCERO.- TRAMITACIÓN EN LA SALA. El día 24/10/2018 tuvo lugar la sesión de deliberación, votación y fallo.

En la tramitación de la segunda instancia jurisdiccional se han observado todas las prevenciones legales en vigor a excepción del plazo global de duración debido al cúmulo de asuntos que penden ante esta Sección.

Expresa la decisión del Tribunal, la Magistrada Dña. M^a ISABEL TOMAS GARCÍA que actúa como ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Dña. Custodia formula recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº2 de Barcelona que regula las relaciones personales y económicas de los progenitores en relación a las hijas menores comunes tras la ruptura de la pareja.

En concreto discrepa de los siguientes pronunciamientos: régimen de relación paterno filial, cuantía de la pensión mensual de alimentos y omisión de pronunciamiento sobre el plan de parentalidad. El apelado y el Ministerio Fiscal se opusieron a dicho recurso.

Examinaremos por separado cada una de las cuestiones objeto de recurso.

SEGUNDO.- Régimen de relación paterno filial

La Sra. Custodia, madre de las dos menores Raquel nacida el NUM003/2006 y Rosario nacida el NUM004/2012 muestra su disconformidad con el régimen de relación paterno filial establecido en la sentencia y peticona que se establezca un régimen sin pernocta los sábados y domingos en fines de semana alternos, un día inter semanal sin pernocta y que estas estancias se mantengan también en los periodos vacacionales. Alega que el padre sigue un tratamiento psiquiátrico continuado por depresión y trastorno bipolar, el comportamiento agresivo de este hacia ella y que a su entender no está capacitado para atender bien a las hijas.

El padre se opone e interesa la confirmación de la resolución. Alega que en ningún momento ha ocultado su padecimiento y que ha quedado acreditado que se encuentra bajo seguimiento médico y tratamiento farmacológico completamente estabilizado, vive con su nueva pareja e hijos de esta, tiene trabajo y los informes indican que puede hacerse cargo de su hijas presentando habilidades, disponibilidad y recursos personales y familiares para atenderlas física y emocionalmente.

El Ministerio Fiscal en defensa e interés de las hijas menores se opuso al recurso formulado por la madre interesando la confirmación de la sentencia al ser plenamente ajustada a Derecho y respetuosa con los intereses de las menores que considera debidamente salvaguardados.

Las medidas relativas a los hijos menores han de ser adoptadas en beneficio de los mismos, tras ponderar las circunstancias que concurren y con el objetivo de favorecer su interés que ha de prevalecer sobre cualquier

otra consideración. El derecho de los hijos menores es el de crecer y desarrollar su personalidad recibiendo el afecto, los cuidados y la educación tanto de su padre como de su madre (artículo 233-8.1 del CCCAt)

La relación con ambos progenitores ya sea por un tiempo más amplio o más reducido, tiene por objetivo lograr una vinculación afectiva satisfactoria tanto con el referente paterno como con el materno, y ello no porque sea un derecho de los padres, sino porque es un derecho de los propios hijos (sentencia del TS de 22.7.2011) que se debe favorecer. Así se desprende de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, *de la Carta* de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del **Reglamento de la UE nº 2201/2003**, y art. 39.4 CE .

Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, según el cual constituye "un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional"(STC 141/2000 de 29 mayo) y un "criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia(ATC 127/1986 de 12/2), que "debe inspirar la actuación jurisdiccional"(STC 217/2009 de 14/12). Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer "incluso por encima del de sus progenitores "(STS 1ª 719/2003 de 9/7/03.) y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña lo ha catalogado de "regla universal... que siempre ha de prevalecer" en materia de guarda y custodia de menores (STSJC 31/2008 de 5/9/08).

Tras una revisión del material probatorio de la primera instancia así como la prueba practicada en la alzada (documental e informe pericial del Servei d'Assessorament Tècnic civil en materia de familia (SATAF)) la Sala comparte la decisión de la sentencia de primera instancia en cuanto al régimen de relación paterno filial establecido. Ello es así por lo siguiente:

El Sr. Juan Manuel es consciente del padecimiento mental que sufre desde hace varios años que en un principio fue diagnosticado como depresión y en 2016 como trastorno bipolar: Ha seguido tratamiento en el Hospital Universitario de Bellvitge y desde el 2008 hasta el 2016 en que se denunció un episodio de violencia domestica por parte de la Sra. Custodia no había sufrido descompensaciones. El tratamiento que sigue es médico-psiquiátrico, farmacológico y psicológico estando comprometido con el seguimiento que realizan los profesionales que le tratan.

Consta en autos de 1ª Instancia, folios 95-10, informe pericial de la psicóloga Dra. Ángeles, tras el estudio realizado sobre la documentación médica, entrevistas con el padre y con las menores y observación de la relación. En el mismo se concluye respecto a la cuestión objeto de debate, - régimen paterno filial-, lo siguiente : *"Por todo ello se considera que el planteamiento del señor Juan Manuel respecto al establecimiento de un contacto paterno-filial como el actual con la inclusión de pernoctas en su domicilio de manera progresiva se valora como garantista de los intereses y bienestar de las menores"*.

El Sr. Juan Manuel tiene una organización familiar plenamente normalizada reside con una nueva pareja y sus dos hijos, tiene soporte de su familia extensa y presta servicios como fisioterapeuta en un servicio de Rehabilitación de la Seguridad Social. El Jefe de dicho servicio informó, documento al folio 108, que el desarrollo de sus funciones como profesional es correcto y se incorporó al servicio sin problema aportando ideas y participando activamente con sus compañeros destacando de su evolución que : *" organiza y resuelve de manera eficiente las funciones propias de su puesto de trabajo, plantea propuestas para mejorar el funcionamiento del servicio, resuelve con criterio y eficacia situaciones que requieren una respuesta no protocolizada, se preocupa por el orden en los detalles, se muestra receptivo y accesible a las necesidades del usuario, mantiene una actitud proactiva, mantiene una buena relación con sus compañeros de trabajo"* .

El procedimiento de violencia doméstica que se seguía ante el Juzgado de Violencia sobre la a Mujer nº2 se archivó por Auto de 30/8/2017 y tras ser objeto de apelación por parte de la Sra. Custodia, el sobreseimiento fue confirmado por Auto de 6/3/2018 dictado la Sección 22 de esta Audiencia provincial y obrante en este rollo.

La Sala asimismo acordó la prueba del SATAF en la alzada. La evaluación familiar ha incluido además de pruebas y entrevistas con los progenitores, coordinación con otros profesionales, examen de documentación y entrevistas con las menores. Los técnicos de dicho servicio concluyen respecto al régimen paterno filial acordado en la sentencia apelada que es adecuado sin apreciar riesgos para las menores por parte del padre ya que éste está vinculado con el tratamiento y así debe seguir, y que al contrario, aprecian dificultades en la madre para preservar a las hijas del conflicto y para preservar la figura paterna. Concluyen que *" no se observan indicadores que hagan valorar la necesidad de un cambio en la forma en la que estos se están desarrollando; asimismo hay que señalar en caso de mantenerse la escasa preservación materna respecto*

de las hijas, el vínculo paternofamiliar puede verse comprometido y por ello se recomienda la vinculación de todos los miembros familiares a una terapia familiar."

Por tanto, no constando datos que indiquen que en estos momentos el padre se encuentre incapacitado para desarrollar su rol parental hacia las hijas menores consideramos que la restricción del régimen de relación solicitada por la Sra. Custodia no tiene cabida y por ello tal como interesa el Ministerio Fiscal en defensa del interés de las menores ha de desestimarse el recurso recomendando a las partes, por el bien de sus hijas, la conveniencia de seguir la terapia familiar indicada en el informe del SATAF.

TERCERO.- Cuantía de la contribución mensual del padre a los gastos de las hijas.

La apelante Sra Custodia muestra su disconformidad respecto de la cuantía de la pensión de alimentos fijada en la sentencia de primera instancia que establece la obligación del padre Sr. Juan Manuel de abonar trescientos euros mensuales por cada una de las hijas actualizables anualmente según IPC y el 80% de los gastos extraordinarios al considerar dicha cantidad insuficiente ; solicita por ello que se aumente a 500€/hija/mes.

El SR. Juan Manuel y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso.

El CCCat establece que tanto el padre como la madre deben contribuir al levantamiento de los gastos y cargas de los hijos. La obligación de dar alimentos a los hijos es una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional (art. 39 de la Constitución Española), y es además uno de los contenidos ineludibles de la potestad parental según el artículo 236-17 del Código Civil de Catalunya (CCCat). Comprende los conceptos expresados en el artículo 237-1 CCCat. y específicamente todo cuanto es indispensable o necesario para el mantenimiento, vestido, vivienda, asistencia médica, y los gastos precisos para procurar la formación de los hijos. De conformidad con lo que establece el artículo 237-7 CCCat cuando hay varios obligados la participación ha de ser proporcional a la capacidad económica. El art. 237-9 CCCat. indica que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos

La necesidad de respetar el binomio necesidad- posibilidad ha sido recogida en numerosas Sentencias del TSJCat, ej 24/2009 de 25 de junio, en la cual puede leerse que: *"la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de los alimentados y a los medios económicos y a las posibilidades de las personas obligadas a prestarlos proporcionalidad que tiene que considerar el binomio "necesidad" de quien tiene que recibirlos y "posibilidad" de quien los tenga que satisfacer, por lo cual, en cada caso concreto se tienen que ponderar los dos factores, teniendo en cuenta, en cuanto al obligado, sus propios recursos , sus posibilidades, los medios económicos, e incluso las rentas y su patrimonio ."* En el mismo sentido las sentencias del indicado Tribunal de 4/5/ 2015 y 28/1/2016"

En el presente caso se aprecia respecto a la capacidad económica de los progenitores que la madre percibe unos emolumentos de 1050 euros por su trabajo en Código 372 y abona como renta de vivienda 730€/mes. El padre es fisioterapeuta para el Institut Catala de la Salut con un neto anual de 21.028,08€ que prorrateado en 2 son 1752€/mes (IRPF folios 137-141 y nóminas ordinarias de 1572€ a los folios 42-144. Si bien como dice la apelante está acreditado que también trabaja esporádicamente aparte de la seguridad social pues así lo reconoció en la vista y lo puso de relieve el informe de **detective**, no ha quedado acreditada de forma cumplida la cuantía exacta percibida por ese concepto debiéndose estar a los 150-200€/mes que el sr. Juan Manuel manifestó en el interrogatorio.

Ambos progenitores son propietarios de la vivienda sita en la CALLE001 NUM005 de Barcelona alquilada por aproximadamente 650 euros al mes pero la hipoteca y gastos superan dicha cuantía.

En cuanto a los gastos de las hijas además de los generales de alimentación vestido, calzado, farmacia ordinarios, suministros, parte de la vivienda, higiene y otros asimilados propios de dos menores de 12 y 6 años tienen gastos de formación al estar en edad escolar. El centro al que acuden es publico abonándose comedor que mensualmente prorrateado y por las dos hijas son 264,50€, material y excursiones 46,20€.

La Sala discrepa del criterio de la apelante que considera que han de incluirse para el computo de la pensión el coste de las actividades extraescolares ; tal como indica el auto de medidas dictado en 16/1/17 por el juzgado de violencia nº2 de Barcelona y es criterio reiterado de esta sección, su coste no puede ser tomado en cuenta para el cálculo de la pensión ordinaria y en caso de que exista consenso entre ambos progenitores respecto a la conveniencia de su realización y coste se abonará en la misma forma que los gastos extraordinarios.

En atención a la mayor capacidad económica del Sr. Juan Manuel, la Sra Custodia debe contribuir aunque en menor medida y vistos los gastos de las hijas la Sala considera adecuada la cantidad fijada por la sentencia de primera instancia en 300 euros por hija, siendo el total 600 euros a cargo del padre con mantenimiento de lo dispuesto en cuanto a la actualización, forma de abono y gastos no ordinarios.

CUARTO.- Plan de parentalidad.

Respecto a la incongruencia omisiva que alega la apelante, hay que indicar que debió denunciarse para en su caso para ser completada por el Juzgado por la vía del art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permitiéndose así la doble instancia, y la parte apelante ha omitido dicho trámite. Por otro lado la sentencia apelada regula las cuestiones esenciales relativas a las menores respecto de la potestad parental, el régimen de guarda, el régimen de relación paterno filial, el uso y los alimentos. El resto de cuestiones que afectan al día a día de las menores y las relativas a las decisiones sobre la potestad parental cuyo ejercicio está atribuido de forma conjunta, deben ser pactadas por ambos progenitores en el día a día, de acuerdo con las circunstancias y el beneficio de sus hijas sin que la sentencia deba regular de forma exhaustiva todos los aspectos.

QUINTO.- Costas

Aun cuando el recurso de apelación debe ser desestimado por las razones que constan expuestas en los fundamentos precedentes, no procede en el presente caso hacer especial imposición de las costas originadas en esta alzada, por cuanto la práctica de la prueba en esta segunda instancia ha resultado decisiva para resolver el recurso, por lo que estamos ante la excepción previstas en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al que remite su artículo 398.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por Dña. Custodia contra la sentencia de 25/5/2017 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº2 de Barcelona en los autos nº 23/2017 y en consecuencia

1º.- Confirmamos dicha resolución.

2º - No se realiza imposición de costas a ninguno de los litigantes.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma informándoles que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno; únicamente cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente (D.F. 16ª, 1.3ª LEC). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea 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.