



Roj: **SAP B 10964/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:10964**

Id Cendoj: **08019370122019100522**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **10/09/2019**

Nº de Recurso: **441/2019**

Nº de Resolución: **544/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAQUEL ALASTRUEY GRACIA**

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.: 0811348220180118014

Recurso de apelación 441/2019 -A2

Materia: Divorcio contencioso disposición 5ª

Órgano de origen: Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Divorcio contencioso 43/2018

Parte recurrente/Solicitante: Celsa

Procurador/a: Gloria Casado Diaz

Abogado/a: Montserrat Martin Bover

Parte recurrida: Geronimo

Procurador/a: LOURDES RODRIGUEZ CUADRA

Abogado/a: Sergi Sanz Lopez

SENTENCIA N° 544/2019

Magistrados:

D. José Pascual Ortuño Muñoz Dª. María Isabel Tomás García

Dª. Raquel Alastruey Gracia

Barcelona, 10 de septiembre de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 23 de abril de 2019 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 43/2018 remitidos por Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Gloria Casado Diaz, en nombre y representación de Dª. Celsa contra la Sentencia de fecha 04/12/2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Lourdes Rodríguez Cuadra, en nombre y representación de D. Geronimo .



SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Estimo la demanda interposada i declaro dissolt el matrimoni entre Geronimo i Celsa per causa de divorci. Pel que fa als efectes derivats de la ruptura, segons han pactat les parts, s'estableix el següent:

- 1.- La guarda i custòdia i la potestat parental en relació al menor Maximiliano s'atribueix a la mare, atribuint-li també l'ús del domicili familiar.
- 2.- S'estableix un règim de visites a favor del pare en el mateix sentit que el que es va establir a la interlocutòria de mesures provisionals de data 14 de juny de 2017.
- 3.- El pare estarà obligat a pagar una pensió d'aliments a favor del seu fill Maximiliano en l'import de 175 euros mensuals en la manera en que es va establir a la interlocutòria de mesures provisionals, així com la meitat de les despeses extraordinàries.

Es desestimen la resta de peticions de la part demandada.

Un cop ferma aquesta sentència, lliureu-ne un testimoni per tal que sigui inscrita la seva part dispositiva al Registre Civil, al marge de la inscripció de matrimoni."

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 a la Magistrada Raquel Alastruey Gracia .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se admiten los de la sentencia apelada por lo que a continuación se expone.

PRIMERO.- La sentencia de instancia decreta el divorcio de los litigantes, que habían contraído matrimonio en Nador (**Marruecos**) el 2 de agosto de 2016 , y acuerda el sistema de guarda, uso de vivienda y alimentos exclusivamente para el hijo Maximiliano , nacido el NUM000 de 2017, antes del cese de la convivencia, pero los deniega para la hija Nieves , nacida el NUM001 de 2018, tras la separación de sus progenitores, y deniega también la condena al pago de la dote (10.000 dirhams) convenida al tiempo del matrimonio, así como la pensión compensatoria solicitada por la Sra. Celsa .

Frente a dicha sentencia recurre la demandada reconviniente al ser debido el pronunciamiento sobre alimentos para la hija recién nacida, que se pidieron en el juicio pero cuya futura existencia ya se anunciaba en la contestación a la demanda, se solicitaba el incremento de la cuantía de los alimentos, para que se establecieran en 200 € al mes por hijo y se reiteraba la pretensión de pago por un año de una pensión compensatoria más el cumplimiento de la obligación de pago de la dote convenida al tiempo del matrimonio.

El Ministerio Fiscal también ha solicitado que se fije pensión alimenticia para la hija Nieves , que los alimentos sean de 150 € al mes por hijo y que se fije un sistema de relación de Nieves con el padre progresivo (una tarde por semana hasta los 6 meses, dos tardes por semana hasta los tres años y el mismo sistema fijado para Maximiliano a partir de los tres años).

La parte contraria se ha opuesto al recurso.

SEGUNDO.- El argumento de la sentencia para denegar la pensión alimenticia a favor de la hija Nieves no es compartido por la Sala, pues ninguna indefensión puede causarse al padre porque esa solicitud se planteó en el acto de la vista, pues conoce del embarazo, porque así se expone en la contestación, y consecuentemente de la futura existencia separada de la hija una vez se produzca el nacimiento, momento determinante de la filiación y de la obligación de que ambas partes contribuyan al sostenimiento de la hija común, no por razón del divorcio, sino por razón de la filiación que no es discutida (art. 235.2.2 CCCat).

El hecho del nacimiento de la hija Nieves , ocurrido quince días antes del juicio, ya era conocido por el padre, y fue puesto de manifiesto en el acto de la vista y probado documentalmente y en ese trámite procesal pudo ser objeto de debate, por lo que a tenor de lo dispuesto en el art. 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se hubiera debido decidir al respecto.

En la demanda reconviniente no era obligado solicitar una prestación cuya obligación entonces no existía y resultaba condicionada al nacimiento posterior de la hija, que es el hecho determinante de la filiación y consecuente obligación parental de alimentar a la prole. No obstante ello, se anunció la situación de embarazo, por lo que la solicitud de pensión en el momento de la vista no era sorpresiva y el derecho a la contradicción y defensa que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva quedaba garantizado.



Lo que no es acorde con la protección del interés superior del menor que debe garantizar el Tribunal (art. 211.6 CCCat) por encima de cualquier otro derecho con el que pueda entrar en colisión (art. 2 LO de Protección Jurídica del Menor) es que un formalismo (la falta de petición de una obligación inexistente al tiempo del trámite inicial alegatorio) impida la realidad del derecho de todo menor de edad de tener cubiertas sus necesidades por sus progenitores, cuando ha habido posibilidad de introducir el hecho y ser debatido en un momento posterior del procedimiento.

En consecuencia, la Sala determina que el Sr. Geronimo tiene la obligación de contribuir a cubrir las necesidades de su hija Nieves en la cantidad que después se indicará, que ello es debido desde que se produjo la petición, es decir desde la fecha del juicio de instancia (art. 237.5 CCCat), y que también tiene el derecho y la obligación de relacionarse con su hija Nieves como lo tiene con su hijo Maximiliano (236.4 CCCat).

Dada la edad de Nieves , que no ha cumplido el año de edad, se establece que quede bajo la guarda materna y de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal que se relacione con su padre de forma progresiva, fijando dos tardes semanales para que el padre pueda tenerla en su compañía que a falta de otro acuerdo entre los progenitores serán los sábados y domingos de 17 a 20 horas hasta que tenga los tres años de edad y a partir de dicha fecha seguirá el mismo sistema pactado, en trámite de medidas y ratificado en sentencia, para la relación paterno-filial de su hermano Maximiliano .

TERCERO.- Sobre la contribución alimenticia del padre, en la sentencia se ha fijado exclusivamente a favor de Maximiliano y por un importe de 175 € al mes. La madre solicita en el recurso que dado el estado total de abandono en que la dejó el Sr. Geronimo , sin ingresos ni recursos básicos de tipo alguno, y teniendo bajo su guarda a los dos hijos comunes, que se contribuya por el padre con 200 € al mes por hijo y además que el padre pague el alquiler, mientras que el Ministerio Fiscal solicita que se fije la pensión alimenticia en 150 € al mes por hijo.

La Sra. Celsa , mediante las gestiones de los servicios sociales, ha podido acceder a la renta mínima de inserción de 430 € al mes; mientras que el padre percibe un salario de 1200 € al mes, más lo que pueda percibir si realiza horas extras en la empresa.

Debe tenerse en cuenta que a los hijos menores se les debe no lo mínimo indispensable para la subsistencia (el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y gastos para la formación, según el art. 237.1 CCCat) sino aquello que ambos progenitores puedan procurarles para su mejor desarrollo, pues en definitiva se trata de un deber encaminado a procurar a Maximiliano y Nieves , dentro de las posibilidades de ambos progenitores, los recursos adecuados para facilitarles el tránsito a una vida adulta, plena, equilibrada, emocionalmente satisfactoria y con formación adecuada para encarar las dificultades de la vida independiente y responsable; y que en el caso de guarda individual, aquel de los progenitores que atiende personalmente a las hijas es quien gestiona directamente los gastos de las mismas, cubre todas las necesidades y contribuye además con su dedicación personal y el progenitor no custodio lo hace con una cantidad dineraria que debe pagarse por adelantado para dar cobertura, en la parte proporcional, a esas necesidades.

Se trata de que ambos progenitores cumplan con su deber parental fijándose la contribución de forma adecuada a las capacidades de quien los presta y a las necesidades de quien los recibe (arts. 237.7 y 237.9 CCCat), lo que supone tener en cuenta dos proporcionalidades: la existente entre los obligados a prestar alimentos, padre y madre, a la que ambos concurren en proporción a sus recursos y posibilidades, y la existente entre las posibilidades de éstos y las necesidades del alimentista.

En estas condiciones y dadas las posibilidades del padre y que la madre debe atender personalmente a los hijos de muy corta edad, lo que le limita las posibilidades de acceder al trabajo remunerado, y es ella quien se encarga de dar cobertura a todas las necesidades de los pequeños se estima adecuado al caso y proporcional a los ingresos del padre fijar una pensión alimenticia de 200 € al mes por hijo, es decir, 400 € en total, cantidad que incluye la contribución a todos los conceptos alimenticios, sin que proceda establecer separadamente la obligación de pago de vivienda a cargo del padre.

CUARTO.- A diferencia de las medidas relativas a los hijos, nacidos y domiciliados en Catalunya en que debe aplicarse la legislación de su lugar de residencia, respecto de las consecuencias económicas del matrimonio de los litigantes y de su divorcio, la norma de aplicación no es el Código Civil de Catalunya, sino la *Moudawana* (Código de Familia de Marruecos conforme a la ley islámica), dado que ambos eran nacionales marroquíes cuando contrajeron matrimonio islámico en Nador, según consta en el acta matrimonial aportada al proceso, todo ello de conformidad con las normas de derecho internacional privado establecidas en el art. 9.2 del Código Civil español y sobre lo que ya se ha pronunciado esta Sala en otras ocasiones (entre otras, sentencia de 9 de febrero de 2012).



Los derechos de la esposa dependen del tipo de divorcio y en el presente caso nos hallamos ante el divorcio solicitado por el marido sin alegación de causa, que equivale al repudio o *talaq*. En tal caso, la esposa tiene derecho a la parte de la dote que no hubiera sido pagada y a otras prestaciones fijadas para garantizar su posición, según dispone el art. 84 del citado código marroquí. Estas últimas prestaciones se asimilarían a la prestación compensatoria, regulada en el art. 233.1 del Código Civil de Catalunya, que tiende a procurar una desvinculación económica lo menos traumática posible para aquel de los dos miembros de la pareja que, por dejar de articular su modo de vida según las posibilidades económicas del otro, debe procurarse los medios para su propio sustento.

Para su determinación la *Moudawana* indica cuatro criterios: duración del matrimonio, situación económica del marido, causas del divorcio (si las hubiere) y la arbitrariedad en el uso del repudio por parte del marido. Las dos primeras son contempladas también por el art. 233.15 CCCat dispone que para fijar el importe y duración de la prestación compensatoria, debe valorarse especialmente "la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial".

En este caso se debe tener en cuenta que el matrimonio determinó una situación de total dependencia económica de la Sra. Celsa, quien contrae matrimonio en agosto de 2016, teniendo su domicilio en Marruecos y se instala en España junto a su esposo, viviendo la unidad familiar de los ingresos del Sr. Geronimo y que cuando ambos cesan en la convivencia éste dejó a la esposa en situación de total abandono, llevándose de la vivienda que ocupaban los electrodomésticos básicos, dejando de pagar la renta y los suministros básicos, por lo que esposa, ya embarazada de Nieves y el hijo Maximiliano quedaron en la más absoluta miseria, cuyo paliativo se ha conseguido a través de las ayudas públicas españolas y los amigos, cuando era debido que a evitar esa situación contribuyera el esposo.

Aun cuando el matrimonio duró poco tiempo, pues no llegó a los dos años, supuso para la esposa un alejamiento del soporte familiar y un cambio radical de país y vida, por lo que es jurídicamente tutelable el derecho de la esposa a una prestación, y dado que en el Código de Familia marroquí se prevé como prestación única se fija en 600 €, si bien se autoriza a su pago a razón de 100 € al mes durante 6 meses.

QUINTO.- Queda por resolver la cuestión relativa al pago de la dote que se pretende por la Sra. Celsa y sobre cuya desestimación nada se razona en la sentencia.

En el acta de matrimonio aportada consta que el Sr. Geronimo se obligó a entregar a la Sra. Celsa una dote de 10.000 dirhams, equivalentes a fecha de hoy a 938,42 €. Asimismo consta que se aplazó su pago y reclamándose en su integridad dicha cantidad el demandante no ha probado que hubiera hecho pagos a cuenta, por lo que se estima debida la totalidad de la dote a cuyo pago se obligó con la Sra. Celsa por razón del matrimonio que contraía, de conformidad con lo establecido en el art. 84 de la *Moudawana*.

SEXTO.- Lo dicho hasta ahora supone una estimación del recurso, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no se impongan las costas devengadas en esta alzada.

En virtud de lo expuesto,

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Celsa contra la sentencia de 4 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000, en los autos de divorcio nº 43/2018, en los que ha sido parte demandante y apelada Geronimo y, en consecuencia, REVOCAMOS en parte dicha resolución, mantenemos el pronunciamiento sobre el divorcio y acordamos las siguientes medidas:

1. La guarda y la potestad parental en relación con los hijos comunes Maximiliano, nacido el NUM000 de 2017, y Nieves, nacida el NUM001 de 2018, se atribuye a la madre, atribuyéndole también el uso del domicilio familiar.
2. Se establece un sistema de relación del padre con su hija Nieves de los sábados y domingos de 17 a 20 horas hasta que tenga los tres años de edad y a partir de dicha edad igual que el fijado para su hermano Maximiliano, que incluye además la tarde del miércoles de 17 a 20 horas.
3. El padre está obligado a pagar una pensión de alimentos a favor de sus dos hijos de 200 € al mes por hijo, en total 400 € al mes. Dicha cantidad deberá ingresarse dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la Sra. Celsa y se actualizará cada primero de año conforme a las variaciones que hubiere experimentado el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, para el conjunto de Catalunya.



4. Se fija una indemnización para la Sra. Celsa , equivalente a la prestación compensatoria, de 600 €, que se autoriza a abonar en 6 plazos mensuales consecutivos de 100 € cada uno.

5. Se condena al Sr. Geronimo a pagar a la Sra. Celsa la dote debida por importe de 938,42 € (10.000 dirhams).

Todo ello sin imposición de las costas devengadas en la alzada.

Firme esta resolución, remítanse los autos al juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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 CEJPO