



Roj: **SAP M 13369/2021 - ECLI:ES:APM:2021:13369**

Id Cendoj: **28079370222021100926**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **29/10/2021**

Nº de Recurso: **1213/2020**

Nº de Resolución: **1026/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES PLANES MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2019/0046819

**Recurso de Apelación 1213/2020 SRA. PLANES**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 85 de Madrid

Autos de Familia. Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 243/2019

*Apelante/Demandante:* DOÑA Rosalia

**Procurador:** Don Junior Alberto Puffler

*Apelado/Demandado:* DON Pedro Antonio

**Procurador:** ..

**Ponente:** Ilma. Sra. Doña Mª Dolores Planes Moreno

**SENTENCIA N° 1026/2021**

**Magistrados:**

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

Ilma. Sra. Doña Mª Dolores Planes Moreno

Ilma. Sra. Doña Mª Teresa de la Cueva Aleu

\_\_\_\_\_ /

En Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil veintiuno.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre Guarda y custodia, bajo el nº 243/19, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, doña Rosalia , representada por el Procurador don Junior Alberto Puffler.

De otra, como apelado, don Pedro Antonio , quien no se ha personado en la alzada.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña Mª Dolores Planes Moreno.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 11 de febrero de 2020, por el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Rosalia , representada por el Procurador D. VICTORIO VENTURINI MEDINA contra D. Pedro Antonio , en situación procesal de rebeldía no ha lugar a la adopción de medidas en relación con el menor Braulio sin pronunciamiento en costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid ( artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 3459-0000-39-0243-19 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 85 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 3459-0000-39-0243-19

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo".

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de doña Rosalia , oponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado, presentándose por el Ministerio Fiscal escrito de oposición, no haciéndolo el demandado dada su rebeldía procesal en la primera instancia.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 21 de octubre de los corrientes.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Rosalia , se formula recurso de apelación frente a la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2020, por la que se desestima la demanda interpuesta por la recurrente para la regulación de las relaciones entre las partes y su hijo menor de edad, Braulio , nacido en Madrid, el día NUM000 de 2017.

La sentencia objeto de recurso, señala que el menor reside fuera de España y no se ha justificado su situación personal, ni las razones que impiden a la madre hacerse cargo de su cuidado por lo que no cabe pronunciamiento alguno sobre su situación personal, ni sobre los restantes solicitados por al ser el pronunciamiento sobre guarda y custodia presupuesto necesario para el resto de los que se interesan.

En el recurso se alega en primer lugar vulneración del artículo 24 de la Constitución por denegación de la tutela judicial efectiva, por cuanto se denegó la prueba documental consistente en el informe médico de la patología y cuidados específicos que requiere el menor, gastos del menor e informes de la guardería en los que se especifica la terapia que se realiza al menor, por no estar traducidos, al no haberse designado traductor, pese a que la demandante tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y carece de recursos para poder afrontar el gasto que la traducción supone.

Tampoco se dictaron medidas provisionales, ni se ha archivado la pieza.

Se denuncia igualmente la indebida aplicación del Reglamento CEE 2201/2003 de 27 de noviembre y error en la valoración de la prueba, pues señala el recurrente que el menor está en Polonia actualmente con los abuelos, por falta de recursos de la madre para poder atender correctamente todas sus necesidades. Pero consta en autos el informe de la guardería a la que asistía el menor en Madrid, el informe de servicios sociales y el certificado de discapacidad del menor y el resto de documentos cuya traducción se denegó en los que constan los gastos que tiene el menor.



**SEGUNDO** .- Ciertamente es que el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de que el recurso de apelación se base en infracción de normas o garantías procesales cometida durante la sustanciación del procedimiento en la instancia, y ello en cuanto causante de efectiva indefensión, lo que, de ser así estimado por el Tribunal ad quem, determinará la declaración de nulidad de todas, o parte, de las actuaciones, con reposición de las mismas al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió (vid art. 464-4 L.E.C.).

Sin embargo, no puede olvidarse que la denegación por el Órgano a quo de todos, o parte, de los medios de prueba propuestos por las partes, o alguna de ellas, no encuentra, en el sistema instaurado por la Ley 1/2000, tan radical remedio reparador, pues el artículo 460-2-1ª recoge, a tal fin, la posibilidad de que el litigante que se considere perjudicado por tal criterio denegatorio reproduzca su pretensión ante el Tribunal de apelación, y ello a través de los escritos regulados en los artículos 458 y 461.

En consecuencia, ha de decaer, por su manifiesta falta de respaldo normativo, el primero los motivos en que la parte apelante apoya su recurso, en referencia a una improcedente declaración anulatoria de lo actuado en la instancia, por denegación de parte de la prueba propuesta ante el Órgano a quo.

No obstante, el recurso debe ser estimado, sin necesidad de decretar la nulidad de actuaciones por la denegación de la traducción de los informes aportados por la demandante en el acto de la vista, puesto que con los documentos que obran en autos, queda suficientemente acreditada la situación del menor, su discapacidad, (documento nº 7 de los aportados con la demanda), y las especiales necesidades que presenta e informe del CAI, en los que se pone de relieve la inestabilidad psicológica de la madre, su falta de recursos y la imposibilidad de iniciar la necesaria intervención.

Por otra parte, consta que el menor, es español, nació en España, y es hijo de padre español, y que los progenitores residen habitualmente en España, según consta en el certificado literal de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, por lo que de conformidad con lo que establece el artículo 1 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, establece en su artículo 1, al delimitar su ámbito de aplicación que, se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Y en su apartado 2, delimita las materias consideradas en la letra B, entre las que incluye el derecho de custodia y al derecho de visita;

Este reglamento atribuye la competencia para conocer de estos procedimientos, en su artículo 8, a los órganos jurisdiccionales de lugar de residencia del menor, al señalar que: "1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

Si bien en su artículo 9, establece determinados criterios de competencia residual, al establecer:

"1. Cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor".

Respecto al derecho de alimentos resulta de aplicación el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, que en su artículo 3 dispone:

"Disposiciones generales

Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros:

- a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o
- b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o
- c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la **nacionalidad** de una de las partes, o



d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la **nacionalidad** de una de las partes".

Igualmente, con arreglo a lo que establece el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, se deduce la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, al tener ambas partes su residencia habitual en España, y por ser el demandado español y tener su domicilio habitual en este país.

No debemos olvidar que en las medidas que se adoptan con relación a los menores debe primar por encima de todo su interés, las medidas deben buscar aquello que sea más beneficioso para ellos, tal y como dispone el artículo 92 del Código Civil. Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren por ello un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. No se trata de desconocer la ley sino de aplicarla conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad ( sentencia TC 141/2000, de 29 de mayo ), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

En el presente caso, la desestimación de la demanda denegando la regulación de las relaciones del menor, y la fijación de una pensión de alimentos para el niño, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y deja a la parte en situación de indefensión, es por ello, que procede revocar la sentencia de instancia y regular las medidas relativas a la custodia y alimentos del menor, Braulio .

**TERCERO.-** Respecto a las medidas concretas a adoptar, consta acreditado, por los mensajes aportados al procedimiento por parte, del padre, que citado y emplazado personalmente para su personación en el procedimiento, y pese al nombramiento de los profesionales del turno de oficio para su asistencia y representación por el solicitados, no se personó en el procedimiento, ni asistió al acto de la vista, constando que no tiene interés alguno en mantener ningún tipo de relación con su hijo, al que ha abandonado en todos los aspectos, tanto materiales como morales, no habiendo contribuido tampoco a su sostenimiento, ni a la satisfacción de ninguna de sus necesidades materiales, ni afectivas o morales es por lo que procede atribuir a D<sup>a</sup>. Rosalia , la guarda y custodia del hijo menor de las partes, Braulio , así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre él, sin que procede establecer régimen de visitas alguno entre el menor y su padre, dada la falta de interés de este, y determinando que, en concepto de alimentos para el menor, D. Pedro Antonio , abonará a D<sup>a</sup>. Rosalia , 125 euros mensuales, por anticipado, en los cinco primeros días de cada mes, mediante su ingreso en la cuenta bancaria que D<sup>a</sup> Rosalia designe al efecto y que se actualizarán, anualmente, el primero de enero de cada año, de conformidad con el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiera sustituirlo. Igualmente, el padre abonará la mitad de todos los gastos extraordinarios de carácter necesario que el menor pudiera ocasionar, (gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, tratamientos odontológicos, gafas, prótesis, lentillas, plantillas o calzado ortopédico, gastos derivados de largas enfermedades, terapias necesarias no cubiertas por la seguridad social, y otros similares), o cualesquiera otros que las partes acuerden.

Se ha fijado la cuantía de 125 euros, en base, por una parte, considerando que tal cantidad supone el mínimo vital o de supervivencia, casi propio de una situación de pobreza extrema, que aun así es exigible de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, tal como señalan las SSTs de 12 de febrero y 2 de marzo de 2015 que "los alimentos a los hijos menores más que una obligación propiamente alimenticia, lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que no dependen de la mayor o menor dificultad económica " y el ATS de 29 mayo de 2019 añade que, en los supuestos en que las circunstancias ponderadas obligue a reducir la pensión de alimentos al mínimo vital que en estos casos, "Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante..." ( STS de 18 de marzo de 2016 ).

En el presente caso, la consulta al Punto Neutro Judicial, acredita que D. Pedro Antonio , está dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas, dispone de al menos una cuenta bancaria, con saldo en el último trimestre de 2020 de 366,00 euros y dispone de permiso de conducción de vehículos de motor, es decir, no se encuentra en situación de extrema pobreza, sino que dispone de ingresos y actividad profesional, aunque sus ingresos declarados en 2020 fueron de unos 6500 euros. Por lo que la cantidad fijada para alimentos de su hijo menor, se considera proporcionada a las posibilidades del obligado.



**CUARTO.-** El artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su apartado segundo que en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes, no procediendo, en consecuencia imponer las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Venturini Medina, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Rosalia , contra la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2020, en el procedimiento de Juicio Verbal sobre guarda y custodia, y alimentos de hijos menores no matrimoniales, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid, con el nº de autos 243/2019, y en consecuencia revocamos la citada resolución, y adoptamos las siguientes medidas, en relación al menor, Braulio :

Se atribuye a D<sup>a</sup>. Rosalia , la guarda y custodia del menor, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre él, sin que proceda fijar régimen de visitas alguno entre el menor y su padre.

En concepto de alimentos para el menor, D. Pedro Antonio , abonará a D<sup>a</sup>. Rosalia , 125 euros mensuales, por anticipado, en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que D<sup>a</sup> Rosalia designe al efecto y que se actualizarán, anualmente, el primero de enero de cada año, de conformidad con el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiera sustituirlo. Igualmente, el padre abonará la mitad de todos los gastos extraordinarios de carácter necesario que el menor pudiera ocasionar, (gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, tratamientos odontológicos, gafas, prótesis, lentillas, plantillas o calzado ortopédico, gastos derivados de largas enfermedades, terapias necesarias no cubiertas por la seguridad social, y otros similares), o cualesquiera otros que las partes acuerden.

Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-1213-20, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.