



Roj: **SAP B 10817/2017 - ECLI: ES:APB:2017:10817**

Id Cendoj: **08019370122017100690**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **07/09/2017**

Nº de Recurso: **580/2016**

Nº de Resolución: **785/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL TOMAS GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

**BARCELONA**

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº 580/2016-B

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 17 BARCELONA

MODIFICACIÓN MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO NÚM. 734/2014

**SENTENCIA Nº 785/17**

Ilmos. Sres.

DOÑA MARIA PILAR MARTIN COSCOLLA

DOÑA MARIA ISABEL TOMAS GARCIA

DOÑA RAQUEL ALASTRUEY GRACIA

En la ciudad de Barcelona, a siete de septiembre de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Modificación medidas supuesto contencioso, número 734/2014 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 17 Barcelona, a instancia de D. Jesús , representado por el procurador D. ALEJANDRO FONT ESCOFET y dirigido por el letrado D. FERNANDO GARCÍA-COCA CASTRO, contra DOÑA Ángeles , representada por el procurador D. ALEX MARTINEZ BATLLE y dirigida por la letrada DOÑA ROSA M<sup>a</sup> MOYA; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 29 de enero de 2016, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas interpuesta por ALEJANDRO FONT ESCOFET Procurador de los Tribunales en nombre y representación de DON Jesús contra DOÑA Ángeles representada por el Procurador DON ALEX MARTÍNEZ BATLLE, manteniendo la regulación de las medidas que no se mencionan, debo declarar y declaro modificada la sentencia de divorcio en relación con las siguientes medidas: 1ª) Se atribuye a la madre el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, estableciéndose el domicilio de los menores en el domicilio de la madre. 2ª) Se establece, en defecto de otros acuerdos entre ambos progenitores, el siguiente régimen de relación paterno filial: A) Fines de semana alternos, desde el sábado a las 10 horas hasta el domingo a las 19 horas, recogiendo el padre a los hijos en



el domicilio materno y devolviéndolos al mismo domicilio. Los fines de semana se extenderán a los festivos y puentes anteriores y posteriores al mismo, iniciándose el día festivo a las 10 horas o bien finalizando el día festivo a las 19 horas, en función de que el día festivo sea anterior o posterior al fin de semana. B) Además, el padre podrá disfrutar de la compañía de sus hijos un día entre semana, que, en defecto de otro acuerdo entre ambos progenitores se establece que sea el miércoles, desde las 18:30 horas hasta las 20:30 horas. 3ª) El padre abonará la cantidad de 850 al mes a la madre en concepto de pensión de alimentos para los hijos, cantidad que deberá ingresar en una cuenta de titularidad de la madre dentro de los cinco primeros días del mes, por meses adelantados, siendo esta cantidad actualizable anualmente conforme al IPC. No se hace especial pronunciamiento en costas."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado; se dio traslado a la contraria, con el resultado que obra en las actuaciones, y se elevaron las mismas a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 12 de julio de 2017.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARIA ISABEL TOMAS GARCIA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.- RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR Dña. Ángeles contra la sentencia de fecha 29 de enero de 2016 .**

La actora denuncia en la alzada el error en el que a su juicio habría incurrido la resolución de primer grado en relación a los siguientes extremos:

- 1.- la contribución económica del padre a los alimentos de los hijos comunes que considera insuficiente y la falta de pronunciamiento en relación a los gastos extraordinarios.
- 2.- la omisión de pronunciamiento en cuanto a los periodos vacacionales de verano, navidad y semana santa.
- 3.- la desestimación de la petición de obligación al padre para realizar los trámites de expedición de los pasaportes a los menores y autorización a la madre para viajar en compañía de sus hijos a Bolivia y la autorización para la solicitud de la **nacionalidad** boliviana para los menores.
- 4.- la no imposición de costas al demandado en primera instancia.

La parte apelada D. Jesús se ha opuesto al recurso formulado.

El Ministerio fiscal ha interesado la confirmación íntegra de la sentencia.

*1.- Resolución del motivo de apelación relativo a los alimentos de los hijos comunes.*

Solicita la apelante que se revoque la cuantía de la pensión de alimentos fijada en primera instancia en 850 euros y se fije en 1000€/mes. Alega que si se ha producido una minoración en el poder adquisitivo del actor es por su decisión voluntaria de cambio de empresa, que con sus emolumentos también se han reducido y con la pensión fijada no puede hacer frente a los gastos de los hijos. El padre Sr. Jesús se opone a dichos argumentos considerando que los gastos de los menores siguen siendo los mismos que en el momento del divorcio, que su decisión de cambiar de empresa (de Eurofragances a Haussman) se debió a la difícil y estresante situación laboral que padecía en la primera empresa y que la reducción de sus ingresos ha sido mas significativa que la de la Sra. Ángeles .

En primer lugar hay que partir del acuerdo al que llegan las partes en el procedimiento en relación al sistema de guarda de los hijos, ya que pasan de una custodia compartida al ejercicio de la guarda en exclusiva por parte de la madre lo que es correctamente valorado por la sentencia de primera instancia.

El artículo 237-1 CCCat establece que tanto el padre como la madre deben contribuir al levantamiento de los gastos y cargas de los hijos, que es la concreción legal del deber natural inexcusable de todo progenitor de procurar alimentos a su descendencia. De conformidad con lo que establece el artículo 237-7 CCCat cuando hay varios obligados la participación ha de ser proporcional a sus respectivos ingresos.

La proporcionalidad se encuentra regulada en el artículo 237-9 CCCat , en el que se 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 sentencia de primera instancia motiva adecuadamente en el fundamento de derecho quinto las razones por las que impone una pensión de alimentos de 850€/mes a cargo del padre para los dos hijos. De una revisión de la prueba practicada concluimos que efectivamente ambos progenitores experimentaron una reducción en sus ingresos mensuales pues el sR. Jesús de los 3.000€ que percibía en el momento del divorcio ha pasado a 1700€ en la empresa alimentaria Haussman y la Sra. Ángeles de percibir 1790€/mes percibe aproximadamente 1000 euros como administrativa en el Institut de investigacions biomedicas August Pi i Sunyer.

En cuanto a los gastos de los menores la partida mas importante es la de educación en el colegio concertado DIRECCION000 que tiene un importe mensual de aproximadamente 350 euros por los dos hijos por todos los conceptos ( educación Ampa, excursiones, actividades complementarias, fundación y servicios escolares) a lo que se añade el gasto en comedor escolar que asciende aproximadamente a 260€/mes por ambos hijos. Asimismo hay que tener en cuenta una parte del gasto en vivienda y suministros que se puede computar en 400 euros mensuales por ambos hijos( la renta por alquiler asciende a 600€/mes). A ello hay que añadir la alimentación aparte del comedor escolar, vestido, calzado, farmacia, salud, higiene, ocio, transporte y otros gastos ordinarios asimilados a estos.

Tal como indica la sentencia de primera instancia no se ha acreditado en el procedimiento un aumento relevante de los gastos de los hijos aunque ciertamente la madre con la custodia exclusiva tiene mas tiempo a los hijos.

Considerando que los gastos de Darío y Amelia ascienden aproximadamente a 1.100-1.200 euros mensuales la cantidad fijada por la magistrada de primera instancia de 850 euros a cargo del padre es completamente ajustada a Derecho y responde a la diferente capacidad económica de los litigantes. Por ello procede la desestimación del recurso en este punto.

En cuanto a la omisión de pronunciamiento respecto a los gastos extraordinarios denunciada por la apelante, hay que decir que la sentencia de primera instancia si resuelve sobre este punto en el ultimo párrafo del fundamento de derecho "Cuarto" al indicar que se abonarán como en la sentencia originaria de divorcio de 2012 y sin que proceda ninguna modificación por lo que este motivo también debe decaer.

#### *2.- resolución del motivo relativo a la omisión de pronunciamiento sobre la distribución de las vacaciones escolares*

El motivo se desestima a tenor de lo indicado en la sentencia de primera instancia que si se pronuncia sobre el tema en el fundamento "TERCERO" párrafo segundo: "*En relación con el régimen de visitas correspondiente a los periodos vacacionales ( navidad, semana santa y verano) se mantiene el establecido en la sentencia de divorcio*".

#### *3.- Resolución del motivo relativo a la falta de pronunciamiento sobre las peticiones relativas a la expedición de pasaporte a los menores, autorización para viajar a Bolivia y trámites para la obtención de la **nacionalidad** boliviana.*

En relación con las dos primeras peticiones, que se obligue al padre a realizar los trámites de expedición del pasaporte y autorización de viaje, la sentencia de primera instancia en el fundamento de Derecho "Cuarto" motiva la falta de pronunciamiento con dos razones: 1º que no se ha acreditado que se haya planteado controversia en relación con la obtención del pasaporte nacional ni que el padre no haya autorizado el viaje de la madre a Bolivia con los menores y 2º, que el tema debe ser objeto de un procedimiento de controversia puntual en el ejercicio de la potestad parental.

De una revisión de los autos, la Sala comparte el argumento de la juez de primera instancia cuando indica que ambos progenitores son titulares de la potestad parental y que ello que implica la toma de decisiones conjuntas en materia de residencia de los menores, y el consentimiento de ambos para la obtención de documentación para sus hijos, sin embargo discrepamos en cuanto a la falta de acreditación en autos de la existencia de una controversia en este punto y la necesidad de planteamiento de un procedimiento de controversia específico. Considera la Sala acreditada la controversia en relación a la expedición de pasaportes nacionales a los menores y por tanto cabe entrar a resolver la cuestión por razones de economía procesal y por no haberse sustraído ninguna garantía defensiva a las partes en litigio. La Sra. Ángeles quiere viajar a Bolivia donde reside su familia extensa para que los menores se relacionen con ella y el sR. Jesús se opone alegando el riesgo de que los menores no retornen a España. En primer lugar hay que indicar que en ni en la sentencia originaria de divorcio de 22 de agosto de 2012 ni en la dictada en apelación por esta misma Sala, en 7 de noviembre de 2013 se establecía prohibición alguna de salida de territorio nacional de los menores, y por otro lado de las pruebas practicadas no se constata la justificación de que exista riesgo en este caso en que los menores puedan viajar a Bolivia. Los periodos estivales en los que los niños tienen vacaciones



escolares es una época propicia para la vida en familia y para que se profundicen y fortalezcan los vínculos de los hijos con sus progenitores y con su familia extensa. Este no es un derecho de los padres, sino de los propios menores a conocer sus orígenes fortaleciendo su propia identidad cultural. Se trata de un derecho propio del menor de carácter inalienable, como ha puesto de manifiesto la doctrina del TS en las sentencias de 12.7.2004 y 22.7.2011, y recoge el artículo 236-4 del Código Civil de Cataluña.

Las precauciones respecto a una eventual retención ilícita o secuestro de los menores han de estar fundamentadas en indicadores razonables de riesgo que no se aprecian en autos: la madre tiene pleno arraigo en nuestro país disponiendo de documentación, vivienda, y trabajo. Por otro lado el país del que es originaria la madre, Bolivia, en 2016 se ha adherido al convenio de la Haya de aspectos civiles de sustracción de menores de 1980, por lo que en caso de que se produjera un eventual incumplimiento por parte de la madre se facilitarían la devolución de los menores.

En consecuencia la discrepancia planteada por la Sra. Ángeles en relación con la expedición del pasaporte español a los hijos comunes y que esta Sala ha constatado, ha de resolverse en interés de los menores en la forma solicitada por ella. Por lo que se impone al Sr. Jesús la obligación de acudir a la Comisaría de Policía el día y hora que al efecto le comunique por burofax la Sra. Ángeles con el fin de realizar los trámites necesarios para la expedición de pasaportes a sus hijos Darío y Amelia bajo apercibimiento de proceder en forma ejecutiva en caso de incumplimiento. Por congruencia interna con lo anteriormente resuelto y con el fin de que se haga efectivo el derecho de los menores a visitar a su familia extensa en Bolivia se autoriza a la Sra. Ángeles a que viaje con ellos debiendo informar al padre con al menos un mes de antelación de la fecha de salida y de regreso a España, la dirección y nº de teléfono que tendrán en Bolivia con el fin de que los menores puedan comunicarse con su padre durante su estancia.

En cuanto a la tercera petición, compeler al padre con el fin de que realice los trámites para que los hijos obtengan la **nacionalidad** boliviana, la Sala debe mantener el pronunciamiento de la sentencia de primer grado. No ha quedado acreditado que la madre haya iniciado los trámites y que estos se hayan visto frustrados como consecuencia de la actuación obstruccionista del otro progenitor; en caso de producirse esta controversia, queda a salvo el derecho de las partes a dirigirse al procedimiento legalmente establecido para dirimirla.

*4 Motivo relativo a la no imposición de costas al Sr. Jesús.*

Se desestima. No puede prosperar pues de la lectura de la parte dispositiva de la sentencia de primer grado se observa que efectivamente la pretensión modificativa de la sentencia originaria interesada por el Sr. Jesús ha sido de algún modo acogida. Las partes alcanzaron acuerdos sobre custodia y régimen de relación y ello implicó que el actor cedió en sus pedimentos no que fueran desestimados. No estamos por tanto ante el supuesto de hecho regulado en el apartado 1º del artículo 394 LEC sino ante el 2º descartando por completo la temeridad que pudiera justificar la imposición de las costas a alguno de los litigantes.

#### **Segundo.- COSTAS DE APELACIÓN.**

La estimación parcial del recurso de apelación justifica que las costas causadas por la tramitación del mismo no se impongan a ninguna de las partes conforme a lo dispuesto en el art. 398.2 LECivil.

### **FALLAMOS**

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dña. Ángeles contra la Sentencia dictada en fecha 29/1 de 2.01 en los autos de modificación de medidas nº734/14 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de los de Barcelona y en consecuencia:

1º.- CONFIRMAMOS dicha resolución salvo en los siguientes particulares en que la revocamos de tal forma que:

1.1- Imponemos al Sr. Jesús la obligación de acudir a la Comisaría de Policía el día y hora que al efecto le comunique por burofax la Sra. Ángeles con el fin de realizar los trámites necesarios para la expedición de pasaportes a sus hijos Darío y Amelia bajo apercibimiento de proceder en forma ejecutiva en caso de incumplimiento.

1.2- Se autoriza a la Sra. Ángeles a que viaje con sus hijos Darío y Amelia a Bolivia durante el periodo de estancia vacacional de los menores que le corresponda debiendo informar al padre con al menos un mes de antelación de la fecha de salida y de regreso a España y la dirección completa y nº de teléfono que tendrán en Bolivia.

2º.- Las costas causadas por la tramitación del recurso de apelación no se imponen a ninguna de las partes.



Contra esta sentencia 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, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ