



Roj: **SAP B 9681/2018 - ECLI: ES:APB:2018:9681**

Id Cendoj: **08019370122018100862**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **27/09/2018**

Nº de Recurso: **421/2018**

Nº de Resolución: **887/2018**

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.: 0809648220160501922

### **Recurso de apelación 421/2018 -R1**

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

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

**Procedimiento de origen: Modificación medidas con relacion hijos extramatrimoniales supuesto contencioso 56/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Estela

Procurador/a: Monica Banque Bover

Abogado/a: Ángel Muñoz Arroyo

Parte recurrida: Luis Miguel

Procurador/a: JOANNA LAGUNOWICZ .

Abogado/a: Justo Redondo Triguero

### **SENTENCIA N° 887/2018**

#### **Magistrados:**

D. JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ

D. Vicente Ballesta Bernal

Dña. Mª ISABEL TOMÁS GARCÍA

En Barcelona, a 27 de septiembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** En fecha 18 de abril de 2018 se han recibido los autos de Modificación medidas con relación hijos extramatrimoniales supuesto contencioso 56/2016 remitidos por Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Monica Banque



Bover, en nombre y representación de Estela contra la Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Joanna Lagunowicz en nombre y representación de Luis Miguel .

**Segundo.** El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. Estela , representada por la Procuradora Dña. Antonia Gómez Gutiérrez, contra D. Luis Miguel , representado por la Procuradora Dña. Joanna Lagunowicz, siendo parte el Ministerio Fiscal, acordando la modificación de las medidas definitivas establecidas en la Sentencia de 20/09/2012 (divorcio contencioso 11/2012) del Juzgado de Violencia sobre la Mujer 1 de DIRECCION000 , en el sentido de que en el pacto tercero del convenio regulador contenido en la citada sentencia, donde figura "durante semanas alternas, el menor vivirá con cada uno de los padres, de lunes a domingo, devolviendo el progenitor que lo haya tenido en su compañía el domingo a las 20:00 horas en el domicilio del otro progenitor", se sustituye por "durante semanas alternas, el menor vivirá con cada uno de los padres, de viernes a viernes, debiendo dejarse al menor en el colegio el viernes en su horario de entrada habitual, y la recogida efectuarse a la salida del colegio los viernes"; permaneciendo invariables el resto de pronunciamientos contenidos en la citada sentencia; y denegándose las peticiones formuladas por la parte actora mediante otrosíes de su demanda, transcritas en Antecedentes de Hecho Primero de la presente resolución".

**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 día 19 de septiembre de 2018.

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

Se designó ponente al Magistrado D. Vicente Ballesta Bernal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admite la fundamentación jurídica que contiene la sentencia recurrida, salvo en lo que pueda resultar contradictoria con la que contiene la presente resolución.

**PRIMERO.-** La sentencia de fecha 10 de noviembre de 2017, recaída en la primera instancia en los autos de Modificación de Medidas nº 56/16, del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 1 de DIRECCION000 , seguidos a instancia de Doña Estela contra Don Luis Miguel , estima de forma parcial la demanda formulada y modifica las medidas definitivas adoptadas en la Sentencia de divorcio de 20 de septiembre de 2012, del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 1 de DIRECCION000 , en lo referente al tiempo de permanencia del menor con cada uno de sus progenitores, estableciendo que "durante semanas alternas el menor vivirá con cada uno de los padres, de viernes a viernes, debiendo dejarse al menor en el colegio el viernes en su horario de entrada habitual, y la recogida deberá realizarse a la salida del colegio los viernes", permaneciendo invariables el resto de pronunciamientos contenidos en la citada sentencia; y denegándose las peticiones formuladas por la parte actora mediante Otrosíes de su escrito de demanda.

Frente a la referida resolución, la demandante Sra. Estela , interpone recurso de apelación mediante el que impugna la desestimación de las pretensiones de modificación del régimen de estancias de las vacaciones escolares de verano y autorización para la expedición de pasaporte del hijo común de los litigantes, lo que fundamenta en falta de motivación de la resolución recurrida y en la existencia de error en la valoración de la prueba.

La parte demandada Sr. Luis Miguel , muestra su conformidad con la parte recurrente en lo que respecta a la modificación de la medida consistente en el régimen de estancias en el periodo vacacional de verano, debiendo quedar de la siguiente forma: "En cuanto a las vacaciones de verano, estas se repartirán por mitad, dividiéndose durante los meses de julio y agosto en periodos de quince días alternos, desde el día 1 a las 17,00 horas hasta el día 16 a las 17,00 horas y del día 16 a las 17,00 horas hasta el 31 a las 17,00 horas, siendo la recogida y entrega en el domicilio del progenitor no custodio de cada periodo. Debiendo elegir el padre los años pares y la madre los impares en caso de desacuerdo".

Por el contrario, se opone el demandado a la impugnación del pronunciamiento referente a la negativa a la autorización para la expedición de pasaporte del hijo común menor de edad.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación interpuesto por la demandante e interesa la confirmación de la sentencia recaída en la primera instancia.



**SEGUNDO.-** Sobre la pretensión de la parte actora recurrente de modificar el régimen de estancias del menor durante el periodo de vacaciones de verano.

La sentencia recurrida desestima esta pretensión de la actora al entender que no se han modificado de forma sustancial las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio, sin embargo, reconoce la parte demandada y recurrida, que con anterioridad a la celebración de la Vista principal en la primera instancia, las partes llegan al acuerdo consistente en la modificación del régimen de estancias de las vacaciones escolares de verano en la forma que se solicita por la recurrente, por lo que dicha pretensión debe ser estimada al no ser contraria al interés del hijo menor de edad.

Consiguientemente, de acuerdo con la solicitud formulada por la actora recurrente y la conformidad de la parte demandada y recurrida, se modifica el pacto tercero del convenio aprobado en la sentencia de divorcio de 20 de septiembre de 2.012, en el sentido de que las vacaciones de verano se repartirán por mitad, dividiéndose durante los meses de julio y agosto en periodos de quince días alternos, desde el día 1 a las 17,00 horas hasta el día 16 a las 17,00 horas y del día 16 a las 17,00 horas hasta el 31 a las 17,00 horas, siendo la recogida y entrega en el domicilio del progenitor no custodio de cada periodo. Debiendo elegir el padre los años pares y la madre los impares en caso de desacuerdo.

**TERCERO.-** Sobre la pretensión de que se autorice la expedición de pasaporte del hijo común menor de edad.

Resulta evidente que la solicitud de autorización de la expedición de pasaporte del hijo común de los litigantes, debe quedar encuadrada dentro de una discrepancia en el ejercicio de la potestad parental, motivo por el que la parte actora y ahora recurrente formula su pretensión por medio de Otrosí del escrito de demanda de modificación de medidas definitivas y no en el suplico de la misma demanda donde se contienen las pretensiones de que se modifiquen las medidas definitivas adoptadas en su momento en la sentencia de divorcio.

Normalmente esta pretensión no se ejercitaba en el seno de un procedimiento de controversias en el ejercicio de la potestad parental ya que no se exigía el consentimiento expreso de ambos progenitores para la obtención del pasaporte del menor (bastaba la solicitud de uno de los progenitores), por lo que solía llegar a los tribunales la solicitud de medida cautelar consistente en la prohibición de expedición de pasaporte y salida del territorio nacional en base a lo que establece el artículo 236-3 del C.C.Cat., en aquellos casos en los que se apreciaba la existencia de riesgo de sustracción del menor, lo que sufre una variación a partir del Real Decreto 411/14, de 6 de junio, cuando comienza a exigirse el consentimiento expreso de ambos progenitores para la expedición de pasaporte del menor, lo que obliga al progenitor interesado en la expedición al planteamiento de la cuestión en los casos de negativa del otro progenitor. En conclusión, no nos encontramos ante la pretensión de una medida cautelar, que exigiría la concurrencia de unos determinados requisitos para la adopción de la cautela (de forma fundamental el peligro de secuestro a un País del que resulte difícil el retorno del menor, sin que resulte precisa la audiencia del demandado en las situaciones de urgencia), sino ante una controversia en el ejercicio de la potestad parental entre los progenitores que además, en el presente caso, tienen atribuida una custodia compartida del hijo común menor de edad.

La patria potestad aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas y obligaciones que les incumben, igualmente respecto a su sostenimiento y educación, con reflejo normativo en los art. 154 y del Código Civil y 236-8 del Código Civil de Catalunya en los que se establece el ejercicio compartido de la patria potestad a no ser que en la sentencia por la que se acuerde la guarda o custodia o el divorcio se establezca lo contrario.

Ya se ha pronunciado esta Sala de Apelación Provincial, en el sentido de que no obstante la posibilidad de instar el correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria para determinar sobre la existencia de una controversia en el ejercicio de la potestad parental, dicha cuestión puede resolverse en un procedimiento de modificación de medidas si se plantea, como sucede en el presente caso, junto a la modificación de medidas definitivas.

De lo actuado en las presentes actuaciones se desprende que los ahora litigantes se encuentran separados desde el mes de diciembre de 2.011 (casi siete años), y que la madre ahora actora y recurrente cuenta con trabajo estable en Barcelona, en la entidad Mayla Pharmaceutics, S.L., y que tiene unos ingresos mensuales no inferiores a los 1.500,00 Euros más las extras correspondientes, y que además tiene pareja estable con el que convive en la vivienda que tienen arrendada por un periodo de tres años (desde el 23 de febrero de 2.016), extremos todos ellos que ponen de manifiesto una permanencia y estabilidad en España.

Es cierto que dichas circunstancias pueden variar, y que el propio Ministerio Fiscal, en el acto de la Vista celebrada en la primera instancia, pone de manifiesto los inconvenientes existentes en el presente supuesto y



en ese momento, para la concesión de la autorización para la expedición del pasaporte del menor, tales como que el menor cuenta sólo con 9 años (10 años en la actualidad), la posibilidad de obtener la **nacionalidad** cubana al tenerla la madre, la existencia de denuncias cruzadas entre los progenitores y el hecho de que efectivamente Cuba es un País que no tiene firmado el Convenio Internacional de la Haya de 25 de octubre de 1.980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ni existe Convenio bilateral entre España y Cuba sobre esta materia. Sin embargo, es lo cierto que en fecha 12 de septiembre de 2.018 Cuba ha ratificado el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1.980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, lo que hace desaparecer casi por completo la argumentación del Ministerio Fiscal.

Por otro lado, no puede negarse que las razones que expone la demandante para la obtención del pasaporte de su hijo son de importancia, gran parte de su familia vive fuera de España y desea mantener las relaciones con su familia extensa a la vez que desea que su hijo las mantenga de igual forma, lo que debe ser valorado junto con el hecho de que la actora tiene toda su vida realizada en Barcelona y que su hijo ni siquiera tiene la **nacionalidad** cubana, cuando podía tenerla con la simple solicitud por parte de sus progenitores. En cambio, el demandado alega la existencia de riesgo de sustracción del menor sin que fundamente dicho temor en hechos algunos al margen de las discrepancias que pueda mantener con la madre del menor derivadas de su propia crisis matrimonial.

Consiguientemente, atendiendo a las circunstancias expuestas, y de forma especial al arraigo de la madre en España, donde tiene trabajo fijo y pareja estable de **nacionalidad** española y de profesión empresario, a la edad del hijo común, así como al deseo lógico de la madre de poder visitar en compañía de su hijo a su familia extensa que se encuentra en Cuba, consideramos procedente autorizar la solicitud formulada por la recurrente de expedición de pasaporte del hijo común de los litigantes.

**CUARTO.-** El artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya virtud, estimándose 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,

## FALLO

**F A L L A M O S:** Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Estela , contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2.017, recaída en los autos de Modificación de Medidas Definitivas nº 56/16, del Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 1 de DIRECCION000 , seguidos contra DON Luis Miguel , y debemos revocar y REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida resolución, en lo relativo al régimen de estancias del hijo común durante el periodo de vacaciones escolares de verano (pacto tercero del convenio aprobado en la sentencia de divorcio de 20 de septiembre de 2.012), el que queda de la siguiente forma: "**las vacaciones de verano se repartirán por mitad, dividiéndose durante los meses de julio y agosto en periodos de quince días alternos, desde el día 1 a las 17,00 horas hasta el día 16 a las 17,00 horas y del día 16 a las 17,00 horas hasta el 31 a las 17,00 horas, siendo la recogida y entrega en el domicilio del progenitor no custodio de cada periodo. Debiendo elegir el padre los años pares y la madre los impares en caso de desacuerdo**".

Se acuerda autorizar la expedición de pasaporte del hijo menor de los litigantes Luis Miguel .

Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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 :