



Roj: **SAP B 3677/2019 - ECLI: ES:APB:2019:3677**

Id Cendoj: **08019370182019100223**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **20/03/2019**

Nº de Recurso: **870/2018**

Nº de Resolución: **230/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178086553

### **Recurso de apelación 870/2018 -F**

Materia: Proceso especial contencioso guarda y custodia hijos comunes

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia)**

**Procedimiento de origen: Guarda, custodia o alimentos de hijos menores n. 564/2017**

Parte recurrente/Solicitante: Ángeles , Javier

Procurador/a: Miquel Puig Serra Santacana, Josefa Manzanares Corominas

Abogado/a: RAÚL PIÑERA DEL OLMO, PATRICIA DEL CERRO RAMON

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 230/2019**

Barcelona, 20 de marzo de 2019

### **Magistrados:**

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Margarita B. Noblejas Negrillo

Mª José Pérez Tormo

### **Rollo de Apelación n.:870/2018**

Objeto del recurso: 1º apelante: guarda compartida; 2ª apelante: autorización para salir de territorio nacional y aumento de alimentos a 500 euros al mes

Motivo del recurso: error en la valoración de la prueba

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



## 1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA

1.1 El día 25 de julio de 2017 la Sra. Ángeles presentó demanda en la que solicita la guarda de una hija, poder viajar al **extranjero** en vacaciones, visitas para el padre supervisadas en Punt de Trobada de 2 horas quincenales, y pago por el padre de 400 euros de alimentos cada mes y mitad de gastos extraordinarios. Relata que, pareja de hecho los litigantes y con una hija, Claudia, nacida en NUM000 de 2014, el régimen de visitas para el padre establecido en medidas provisionales supone un riesgo para la menor, por su dependencia del alcohol y cannabis, su posible trastorno mental y su violencia. Se opone a la prohibición de salir de España y defiende su arraigo. Añade que, dados los ingresos de los progenitores y los gastos de la hija, los alimentos deben ser de 400 euros al mes.

El demandado contesta y sostiene que la madre recibió trato de favor de los Servicios sociales y denunció una violencia que él niega, así como su supuesta dependencia del alcohol, entiende acreditado su buen vínculo con la menor y rechaza la existencia de ningún indicador de riesgo. Añade que ambos han cuidado de la hija y afirma que ahora los progenitores mantienen una relación cordial. Concluye que la madre no tiene arraigo y que no le afectan los convenios europeos sobre retorno de menores sustraídos. Dice cobrar 700 euros de subsidio de desempleo. Reclama una guarda compartida y que cada progenitor ingrese 150 euros al mes en cuenta conjunta, se le atribuya el uso de la vivienda y se prohíba a la menor salir de España.

El Ministerio Fiscal se remite al resultado de las pruebas.

1.2 Se ha acumulado demanda presentada por el Sr. Javier el 28 de julio de 2017, en la que relata las actuaciones del Juzgado de Violencia, que critica, da cuenta de que ha sido absuelto y reclama una guarda compartida por semanas alternas con un día intersemanal para el otro progenitor (dice que ostentó durante un año la guarda mientras la madre trabajaba) o subsidiaria estancia con el padre todas las tardes hasta las 19:30 h. (la madre trabaja), fines de semana alternos de viernes a lunes, mitad de navidad y semana santa y julio y agosto por quincenas (la primera de julio extensible desde la finalización del curso escolar), uso de la vivienda favor del padre y la hija y prohibición de salir de España e ingreso de cada progenitor de 150 euros en cuenta corriente conjunta.

La Sra. Ángeles contesta y defiende que las visitas se limitaron por el riesgo objetivo de la dependencia del alcohol y del hachís, depresión y posible retraso mental del padre, que él niega y no se trata, que acreditaron los Servicios Sociales, y porque el padre mordió a la hija en la mejilla. Destaca la corta edad de la niña, la violencia de género, pese a la absolucón penal, y se opone a la prohibición de salida de España. Da cuenta de gastos e ingresos y, en suma, pide la guarda, visitas supervisadas quincenales en Punt de Trobada, con ampliación si lo recomienda el servicio, tras acreditación de no recaída del padre y de que acude al CSMA y acreditación de domicilio adecuado. Reclama el uso de la vivienda familiar, que la menor pueda viajar al **extranjero**, 600 euros de alimentos para caso de perder el suyo de la vivienda familiar y que los gastos extraordinarios (en concepto muy amplio) se abonen por mitad.

1.3 La Sentencia recurrida, de fecha 5 de febrero de 2018, rechaza la petición de guarda compartida, atribuye la guarda a la madre, confirma visitas para el padre de sábados y domingos de 12:45 a 17:15 horas y miércoles a la salida del colegio, con posible ampliación a la vista de los informes del Punt de Trobada, fija los ingresos de ambos progenitores, duda de la realidad del contrato de alquiler de la demanda, atribuye al padre el uso de la vivienda familiar, fija a su cargo 300 euros de pensión de alimentos y 50% de gastos extraordinarios y mantiene la prohibición de salir de España, por no considerar que concurren circunstancias nuevas.

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

2.1 El padre recurrente sostiene que debe establecerse una guarda compartida y afirma que él también cuidó de la menor y la madre la retuvo 5 meses y le denunció falsamente, sin que pudiera ver a la pequeña. Rechaza el informe del EATAF, la imparcialidad de los Servicios Sociales y la definición de indicadores de riesgo (con reiteración de argumentos de su contestación) y destaca el buen desarrollo de las visitas y que la madre trabaja a jornada completa y no puede cuidar de la hija. De forma subsidiaria, pide tener a la hija todas las tardes y que la madre la recoja en su casa cuando acabe de trabajar. Cita fuentes de Derecho Europeo.

La parte apelada pide la confirmación de la sentencia.

2.2 También apela la madre y reclama 500 euros de alimentos para el hijo con base en que el padre percibe 1.000 euros de desempleo y trabaja en un negocio de antigüedades (por Internet), el hijo ya no tiene cubiertas las necesidades de vivienda con la vivienda que fue familiar y la madre gana menos (820 euros al mes). Defiende la realidad del contrato de inquilinato y da cuenta de los gastos, según su criterio. Niega riesgo de sustracción, destaca que Chile es parte en el convenio de la Haya de 1980 y reitera su arraigo en España.



El padre se opone a este recurso, impugna los documentos que se acompañan de contrario (y dice que el contrato de arrendamiento debe registrarse en el Incasol y es simulado, siendo el arrendador pareja de la Sra. Ángeles ). Niega ingresos distintos de la prestación por desempleo e insiste en que no debe permitirse la salida del territorio nacional.

### 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto presenta diligencia de reparto de fecha 19 de octubre de 2018. Se ha practicado prueba documental y no se ha celebrado vista. La deliberación y votación de la Sala ha tenido lugar el día 19 de marzo de 2019. Esta resolución no se ha dictado en el plazo previsto en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC ), lo que se hace constar a los efectos del art. 211.2 LEC .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### LA GUARDA COMPARTIDA

Un nuevo estudio de las actuaciones nos lleva a confirmar las apreciaciones fácticas contenidas en la Sentencia apelada.

Hay que decir, en primer lugar, que en la contestación a la primera demanda el padre no justificó la pretensión de guarda compartida, pero en su demanda acumulada la funda en la supuesta falsedad de los hechos que dieron lugar a diligencias penales y en inexistencia de indicadores de riesgo.

Los Servicios Sociales del Ayuntamiento aprecian en abril de 2017 riesgo grave por violencia machista. En septiembre de 2017 dan cuenta de buena situación en la vivienda y que el padre no presenta conciencia de su problemática.

La conflictiva que derivó en y por la intervención del Juzgado de Violencia (que parece que ha ido mejorando) no se puede negar y es evidente que ha marcado las vivencias de la niña y la relación entre progenitores. No es decisivo que se rechazase la orden de protección o que se dictara finalmente sentencia absolutoria, de modo que estas actuaciones penales no conllevan de forma automática el reconocimiento de las condiciones necesarias para una guarda compartida (ni monoparental).

La existencia de sentencia absolutoria penal es compatible con la existencia y persistencia de relaciones desiguales entre los miembros de la pareja contraria a un reparto de roles adecuado para el cuidado de la menor. El SIAS venía prestando asistencia a la mujer desde mucho antes y por eso recoge sus apreciaciones y estados emocionales, de larga evolución, derivadas de la interacción con el varón, pero también recoge datos objetivos sobre la conflictiva de fondo, la necesidad de prestar soporte psicológico a la madre, la actuación de una trabajadora familiar, las denuncias e incidentes y, en suma, la existencia de una situación anómala en las relaciones interconyugales.

El propio padre reconoce su anterior dependencia del alcohol y consta en autos un informe de noviembre de 2017 del Consorci Sanitari de Barcelona, que recoge del historial clínico una orientación diagnóstica de dependencia de alcohol y cannabis y un trastorno mixto de ansiedad y depresión. Los dos análisis de orina de junio de 2017 y los cuatro de julio dieron negativo en presencia de alcohol, el padre inició tratamiento en 2016, a iniciativa propia, acudió con regularidad a las visitas, presentó evolución positiva y se le dio de alta terapéutica.

Así, la normalidad de las relaciones y de los contactos quebró dejando aparte el fundamento o la falta de fundamento de la actuación penal y su origen en denuncia más o menos motivada.

El informe del EATAF de enero de 2018 recoge la admisión de antecedentes de alcoholismo del padre, ya pretéritos, situación de desempleo y ventas como coleccionista y muestra propensión a un reparto igualitario de tiempos sin tener en cuenta la edad de la niña y el distanciamiento de la figura vincular primaria (la madre); la madre presenta dificultades para preservar la figura paterna; valoran los técnicos que la hija crece de forma correcta y está vinculada a ambos progenitores, pero la trayectoria familiar presentó dinámicas de alta conflictividad y un canal de comunicación deteriorado; ambos progenitores presentan dificultades para gestionar la situación vivida; la figura materna presenta habilidades y es la referente, la madre es permeable, pero se detectan en ella sentimientos de inseguridad y desconfianza, y el padre presenta disponibilidad y habilidades, cierta inestabilidad laboral y cierta contradicción respecto a la figura materna (entre la confianza y la desconfianza). Se aconseja un trabajo terapéutico para ambos. Valora el informe mantener los contactos en Punto de Encuentro y una ampliación de contactos a los miércoles intersemanales por la tarde y fines de semana alternos sin pernocta (una vez consolidado se podría introducir la pernocta semanal de forma progresiva y flexible, respetando la adaptación de la pequeña).



El día del juicio, la madre dice que el nuevo contrato le reduce el horario y sueldo (820 euros, no sabe si por 12 o 14 pagas); la comunicación es escasa; está de acuerdo con las visitas que propone el EATAF; las visitas del Punt se vienen cumpliendo; el arrendador es compañero de trabajo y le paga en efectivo.

El padre declara que no trabaja y percibirá hasta junio de 2018, 730 euros de desempleo; la madre le impidió durante meses la relación con la hija; no especifica cómo cuidaría de la niña en supuesto de guarda compartida.

Los informes de seguimiento del Punt de noviembre de 2017 y enero de 2018 ponen de manifiesto una buena evolución relacional y una propuesta de contactos semanales (miércoles y sábados) para facilitar la definitiva regulación del régimen.

Con todos estos datos y tratándose de una ejecución abierta, que permite ir ampliando el régimen relacional a medida que se den las condiciones, debe rechazarse la pretensión de una guarda compartida.

#### LOS ALIMENTOS

Según el PNJ, el padre percibió en 2016 una media de 2.000 euros al mes, al servicio de una comunidad de propietarios y por desempleo (f.987), es titular de dos vehículos y dispone de unos 8.500 euros en el banco. Cobró de desempleo ese año 2016, 808 euros al mes. Consta que, como coleccionista, realiza compraventas a través de Internet, cuyo importe no ha justificado, carga que le correspondía ( art. 217.6 LEC ), acaso en torno a más de **1.000** netos al mes en total.

La madre trabaja de auxiliar administrativa en Quirón Salud y acompaña algunas nóminas de 2017 de unos **1.180** euros al mes. En 2016, según el PNJ, recibió unos 622 euros al mes. Con el recurso une 2 nóminas de enero y febrero de 2018 con una media de 761 euros, pero no queda claro que la reducción horaria se haya consolidado y consta que realiza otros trabajos como terapeuta. Ha alquilado una vivienda por 650 euros al mes. Tiene estudios universitarios. Acompaña la madre con su recurso recibos de alquiler (f.1160 y 1161) y de reposición al arrendatario por pago de suministros y aunque la copia del contrato no está inscrita en el Incasol, hay que tener en cuenta que se trata de la copia del arrendatario y no del arrendador.

Según las Tablas Orientadoras del Consejo General del Poder Judicial, el padre debería pagar unos 200 euros, aparte gastos de habitación y educación. El colegio cuesta unos 115 euros (con comedor, al parecer, 246), aparte Ampa, material escolar y otras partidas, unos 50 la mutua. Con estos datos, hay que concluir que la cifra fijada en sentencia (300 euros al mes), que el padre tolera, debe ser mantenida.

#### LA SALIDA DE TERRITORIO NACIONAL

La madre es chilena. Chile y España son parte del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que específicamente prevé la posibilidad de retorno de un menor si es sustraído de su lugar de residencia. Se interpreta erróneamente por la defensa del padre el Informe Explicativo del Convenio de la Haya, pues lo que se cita se refiere a la creación artificial de fueros competenciales y no a la efectividad del convenio para el retorno de menores. No hay duda de que es beneficioso para el menor mantener relación con su familia materna y conocer sus orígenes.

No vemos inconveniente para que la hija Claudia pueda viajar fuera de España, aunque sólo en periodos de vacaciones escolares, y la madre deberá justificar que tiene en su poder los billetes de ida y vuelta.

#### LAS COSTAS

Las costas de los recursos no deben imponerse, de conformidad con los arts. 398.1 y 394 de la LEC .

#### FALLO

1. Desestimamos el recurso de apelación del Sr. Javier y estimamos en parte el de la Sra. Ángeles y revocamos la sentencia de instancia en el solo sentido de autorizar que la hija Claudia pueda viajar fuera de España, en periodos de vacaciones escolares, debiendo la madre justificar que tiene en su poder los billetes de ida y vuelta.

2. No nos pronunciamos sobre las costas de los recursos.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la 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. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Desestimado un recurso y estimado el otro se pierde el primer depósito y se devuelve el segundo, en su caso (V. disp. 15ª L.O. 1/2009).



Una vez se haya notificado esta sentencia, los autos se devolverán al Juzgado de instancia, con testimonio de la misma, para cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ