



Roj: **SAP B 5242/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:5242**

Id Cendoj: **08019370122019100302**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **15/05/2019**

Nº de Recurso: **684/2018**

Nº de Resolución: **316/2019**

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.: 0811442120168000180

### **Recurso de apelación 684/2018 -R1**

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:Modificación medidas con relacion hijos extramatrimoniales supuesto contencioso 4/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Custodia , Javier

Procurador/a: MARIA GALLARDO DE LA TORRE, SANDRA AGUIRAN MATEU

Abogado/a: MATILDE LACALA SERRANO

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

### **SENTENCIA N° 316/2019**

#### **Magistrados:**

Dª María Pilar Martín Coscolla

D Vicente Ballesta Bernal

Dª Raquel Alastruey Gracia (Ponente)

Barcelona, 15 de mayo de 2019

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En fecha 18 de junio de 2018 se han recibido los autos de Modificación medidas con relacion hijos extramatrimoniales supuesto contencioso 4/2016 remitidos por Sección Civil Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora



MARIA GALLARDO DE LA TORRE y SANDRA AGUIRAN MATEU, en nombre y representación de Javier y Custodia respectivamente, contra la Sentencia de fecha 12/02/2018.

SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales Sra. María Gallardo De la Torre, en nombre y representación de D. Javier contra D<sup>a</sup> Custodia y estimando en parte las pretensiones de la demandada debo acordar y acuerdo la modificación de la sentencia dictada por este Juzgado en fecha 11 de junio de 2012, y la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en fecha 27 de febrero de 2014 en el único sentido de fijar que el régimen de visitas a favor del padre se lleve a cabo en el Servei de Punt de Trobada más cercano al domicilio del menor Serafin y adecuándose a los horarios y requerimientos que el centro determine, bajo la supervisión de los profesionales adscritos al mismo. Todo ello, con declaración de las costas de oficio."

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

Se admiten los de la sentencia de instancia, en tanto no resulten contradichos por los que a continuación se exponen.

PRIMERO.- La sentencia de instancia cuyo fallo se transcribe en los antecedentes de esta resolución ha sido recurrida por el padre quien considera que incurre en error en la valoración de la prueba, pues no yendo ya el niño a un centro educativo privado sus gastos en este capítulo se han reducido mucho y también se han reducido sus ingresos mientras que la madre los ha incrementado, por lo que procede una reducción de la pensión alimenticia y además también solicita un sistema de relación paterno-filial no supervisada, consistente en fines de semana alternos y mitad de vacaciones.

La sentencia también es recurrida por la madre para que se incremente la pensión alimenticia a consecuencia de la pérdida del uso de la vivienda y que se alcen las limitaciones al uso del pasaporte del niño, pues no puede acudir a su país de origen a visitar a la familia.

A ambos recursos se han opuesto las contrapartes y a ambos también el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- En los recursos se plantean tres cuestiones: a) el sometimiento de las relaciones paterno-filiales al régimen supervisado de Punto de Encuentro; b) la contribución paterna a cubrir las necesidades de su hijo; c) la necesidad de levantar las restricciones para que el hijo pueda salir al extranjero.

Respecto de la primera cuestión cabe señalar que durante unos meses entre septiembre de 2016 y abril de 2017 el padre no mantuvo relaciones con su hijo, y que el informe del EATAF se realizó tras diversas entrevistas con padre, madre e hijo entre febrero y abril de 2017, que en el informe se pone de manifiesto la excesiva rigidez del padre y sus dificultades para adaptarse a las necesidades del hijo ( Serafin , nacido el NUM000 de 2006), que presenta ciertas dificultades de aprendizaje y que el padre presenta cierta incoherencia entre las actividades que realiza con el hijo y los mensajes que dice transmitirle y que ante la necesidad de entorno estable, estructurado y previsible se propone que se realice en un entorno supervisado en Punto de Encuentro.

Precisamente el establecimiento de un entorno supervisado, ante ciertos indicadores de riesgo para el menor, que se ha establecido al amparo del art. 236.5.1 CCCat , va a permitir un restablecimiento en términos estándares, a la vista de los informes que realicen los técnicos, una vez se constate inexistente o desaparecido el riesgo y se haya fortalecido una relación positiva para Serafin , pues tal como indica la Disposición Adicional 7<sup>a</sup> del Libro II del Código Civil de Catalunya, "los responsables del punto de encuentro familiar deben presentar a la autoridad judicial un informe de seguimiento cada tres meses o, sin esperar a la finalización del plazo, siempre que sea preciso. Deben proponer la modificación de la modalidad de intervención si aprecian que concurren circunstancias que lo aconsejan y, asimismo, deben proponer al juzgado el cese de la medida si entienden que la relación que pretende garantizarse puede ser perjudicial para el menor".

Al tiempo de dictarse esta resolución se desconoce cómo ha ido evolucionando el sistema y por lo tanto, derivándose de la prueba practicada los indicios que el Juez valoró para establecer la supervisión, debe mantenerse el pronunciamiento impugnado sin perjuicio de que el mismo pueda ser eliminado a tenor de los informes favorables que se realicen al Juzgado.

TERCERO.- Respecto de la contribución alimenticia para cubrir las necesidades del hijo, debe tenerse presente que cuando se dictó sentencia de divorcio la pensión fijada fue de 850 € y se atribuyó la vivienda familiar a la



madre por razón de la guarda, pero cuando se dictó la sentencia de la Audiencia Provincial, el padre ya había conseguido desahuciar a la madre de la vivienda y sin embargo no se modificó la cuantía de la pensión por estimarse suficiente, para participar proporcionalmente, de la cobertura de todas las necesidades de Serafin , lo que incluía formación y vivienda.

En esta tesitura no procede el incremento solicitado por la madre por la pérdida del uso de la vivienda, pues el coste de la vivienda ya se computó por esta misma Sala en la sentencia de 27 de abril de 2014 .

Queda por analizar si procede la reducción solicitada por el padre, atendido que el hijo ya no acude a colegio privado.

El artículo 236.17 CCCat establece como obligación de ambos progenitores, la de cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. Y este deber de prestar alimentos a los hijos es uno de los deberes básicos de la potestad del padre y de la madre, que deriva de la filiación ( art. 235.2.2 CCCat ) y tratándose de hijos menores es de naturaleza inexcusable y alcanza rango constitucional ( art. 39 CE ).

Se dice lo anterior porque a los hijos menores se les debe, no lo mínimo indispensable para la subsistencia, sino aquello que ambos progenitores puedan procurarles para su mejor desarrollo, pues en definitiva se trata de un deber encaminado a procurar, dentro de las posibilidades de ambos progenitores, a su hijo Serafin , los recursos adecuados para facilitarle el tránsito a una vida adulta, plena, equilibrada, emocionalmente satisfactoria y con formación adecuada para encarar las dificultades de la vida independiente y responsable.

En el caso de guarda individual, aquel de los progenitores que atiende personalmente al hijo es quien gestiona directamente los gastos del pequeño 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 del hijo. Se trata de que ambos progenitores cumplan con su obligación alimenticia 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.

Dado que el padre es el socio de la empresa para la que presta sus servicios, cuyo capital social aumentó considerablemente en el año 2015 (en más de un millón de euros) y es por tanto quien se fija el salario a percibir, resulta poco fiable el certificado de ingresos que informa la Agencia Tributaria; basta con pensar que la vivienda de la sociedad ahora la ocupa él y no consta que pague renta por ella. Por otra parte, se desconocen a ciencia cierta los ingresos de la madre, que dice cobrar una media de 1000 € al mes por sus trabajos de traducción.

En cuanto a Serafin , acude a colegio público, lo que reduce el coste por formación en poco más de 400 € respecto de lo valorado al tiempo del divorcio, pero precisa de atención de logopeda y posiblemente otros recursos de apoyo a la formación, dado que tiene adaptación curricular. Es decir, se trata de un niño con necesidades específicas, que además está constantemente bajo el cuidado y atención de la madre que es quien cubre la totalidad de sus necesidades, por lo que considerando un mantenimiento de las posibilidades de ambos progenitores que fueron tenidas en cuenta en la anterior sentencia de esta Sala y atendiendo al principio de proporcionalidad que establece el art. 237.7 CCCat , se estima conveniente reducir la pensión a 500 € al mes.

CUARTO.- Queda finalmente por analizar la procedencia o no de alzar las limitaciones a la libertad deambulatoria que supone la restricción del uso del pasaporte del hijo que se acordó al tiempo del divorcio, que la madre solicitó en su contestación y que en la sentencia se deniega.

Podría considerarse que al tiempo del divorcio existía un riesgo de que la madre, de **nacionalidad** ucraniana, viéndose en este país sin soporte familiar pudiera marchar a su país de origen y de ahí que se impusiera dicha limitación en 2012. Sin embargo han transcurrido más de siete años desde que cesaron en la convivencia los progenitores de Serafin y la madre ha continuado viviendo y desarrollando su actividad en España, el niño está integrado en la sociedad en la zona de DIRECCION001 , por lo que no se mantienen los indicios de riesgo de sustracción del menor que sí se podían intuir tras el divorcio. No era necesaria una acreditación especial de la desaparición de las circunstancias tomadas en cuenta para fijar dicha limitación, pues de la simple evolución de las circunstancias vitales de las partes ya resulta justificada.

La restricción de un derecho tan fundamental como el de la libertad de movimientos debe efectuarse únicamente por una causa suficientemente justificada y el simple hecho de que la madre sea de **nacionalidad** ucraniana no lo es, cuando la madre tiene establecido su residencia de forma permanente en el país y además



es nacional de un país que ha suscrito el Convenio Europeo de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, por lo que el riesgo de sustracción y no retorno es mínimo, o cuando menos igual que entre nacionales de cualquier país de la Unión Europea que decidieran trasladarse a otra zona del espacio común. Por otra parte, debe valorarse el derecho del pequeño Serafin a relacionarse también con su familia extensa materna ( art. 236.4.2 CCCat ), que queda restringido sin causa alguna, en otro caso.

A efectos de garantizar una mínima tranquilidad del padre al respecto bastará con que la madre comunique por el canal habitual su intención de salir y regresar con Serafin en unas fechas determinadas, con indicación del medio de transporte que haya de utilizar, información que por otra parte es debida dado el ejercicio común de la potestad parental.

QUINTO.- Lo dicho hasta ahora, determina una estimación parcial de ambos recursos y en consecuencia, a tenor de lo que dispone el art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede la imposición de costas en esta alzada a ninguna de las partes.

En virtud de lo expuesto,

## FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la representación de Javier y, asimismo, ESTIMAR PARCIALMETNE el recurso de apelación formulado por la representación de Custodia , ambos contra la sentencia de 12 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , en el procedimiento de modificación de medidas nº 4/16, y en consecuencia, REVOCAMOS en parte dicha resolución y ACORDAMOS MODIFICAR LA SENTENCIA DE DIVORCIO vigente hasta el momento, en los siguientes términos:

a) A partir de la fecha de esta resolución la contribución alimenticia mensual del Sr. Javier para cubrir las necesidades de su hijo Serafin , se establece en 500 € mensuales, que deberán ingresarse dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria designada por la madre y se adecuará cada primero de año a las variaciones del IPC que, para el conjunto de Catalunya, publique el INE.

b) Se alza y deja sin efecto la prohibición de salida del territorio nacional del menor Serafin y la retirada del pasaporte, bastando con que la madre comunique al padre su intención de salir al extranjero y regresar con Serafin en unas fechas determinadas, con indicación del destino y del medio de transporte que haya de utilizar.

En lo demás se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Todo ello sin imposición de las costas devengadas en esta alzada a ninguna de las partes.

**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 :