



Roj: **SAP B 994/2017 - ECLI:ES:APB:2017:994**

Id Cendoj: **08019370182017100097**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **02/02/2017**

Nº de Recurso: **343/2016**

Nº de Resolución: **76/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA N. 76/2017**

Barcelona, a 2 de febrero de 2017.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez (Ponente)

Maria José Pérez Tormo

Myriam Sambola Cabrer

**Rollo n.: 343/2016**

Efectos de la extinción de pareja estable n.: 824/2014

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 8 de DIRECCION000

Objeto del recurso: apelante: declaración extintiva de la unión de hecho y guarda paterna (o compartida), con alimentos a cargo de la madre de 300 euros al mes (o de 175 a su cargo); impugnante: devolución del pasaporte

Motivos del recurso y de la impugnación: indefensión, vulneración del art. 24 CE y del art. 233-11 CCCat, error en la valoración de la prueba y defensa del interés del menor

Apelante: Benedicto

Abogada: P. del Cerro

Procurador: M. Carreras Quirantes

Impugnante: Clemencia

Abogada: O. Vendrell del Álamo

Procurador: R. Taulera Salvador

Y el Ministerio Fiscal

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **1. RESUMEN DEL PLEITO DE PRIMERA INSTANCIA**

1.1 El día 11 de noviembre de 2014 la Sra. Clemencia presentó demanda en la que solicitaba que se dicte sentencia por la que se le conceda la guarda de la hija, visitas para el padre, alimentos a su cargo de 400 euros al mes, reparto por mitad de gastos extraordinarios y entrega de motocicleta y automóvil. Relata que de 2007 a 2012 mantuvo una relación sentimental con el demandado de la que nació en 2011 una hija, Flor. Nunca vivieron juntos (ella en DIRECCION001 y él, con su esposa y dos hijas -una entonces en camino-, en DIRECCION000). Aporta plan de parentalidad.



El Juzgado acordó la devolución al padre del pasaporte y a la madre del DNI y Libro de Familia.

1.2 Se ha acumulado la demanda presentada por el padre el 17 de noviembre de 2014 en la que afirma que la madre ejerce la prostitución en casa y fuera y no puede acompañar a la niña al colegio por las mañanas. Ofrece su entorno como más estable y adecuado. Dice que los vehículos son suyos y reclama su devolución. Pide una guarda paterna o subsidiariamente compartida por semanas sin pernocta y detalla plan de parentalidad. Reclama alimentos a cargo de la madre 300 euros al mes) si la guarda es individual, e ingreso cada uno de 250 euros en cuenta conjunta, si se acuerda compartida y pago por mitad de gastos extraordinarios.

Contesta la Sra. Clemencia y niega ejercer la prostitución en la vivienda y se remite a su propia demanda. Dice que ella pagó los vehículos.

La Sentencia recurrida, de fecha 20 de julio de 2015, valora que los litigantes no han probado que formaran pareja estable, sino ocasional y valora que no hay cambio sustancial desde que se dictó el auto de medidas: la madre es la cuidadora, de forma adecuada según el colegio y los Servicios Sociales, no varía ello por las recomendaciones de la psicóloga y entiende el juez que es preciso una progresividad en la relación con el padre. Valora los ingresos y gastos y, en suma, El juez acuerda las siguientes medidas:

1) Los progenitores ejercerán la potestad parental respecto a la hija conjuntamente, mientras que la guarda de la menor será ejercida por la madre de forma exclusiva; 2) El padre podrá relacionarse y tener en su compañía a su hija conforme al siguiente régimen de visitas:

1) Desde la actualidad hasta que la niña empiece el primer curso del ciclo de educación primaria: a) régimen ordinario: \* fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes a la entrada del colegio, \* las tardes de los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, b) periodos vacacionales: El padre podrá tener en su compañía a su hija durante la mitad de los periodos vacacionales de semana santa, verano y navidad, correspondiendo la primera mitad al padre los años pares y a la madre los años impares; a estos efectos: \* vacaciones de semana santa: la primera mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 10:00 horas del jueves santo, y la segunda mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del jueves santo hasta las 20:00 horas del día anterior al de inicio del curso escolar, \*vacaciones de verano: la primera mitad del periodo vacacional comprenderá las primeras quincenas de los meses de julio y agosto, y la segunda mitad del periodo vacacional comprenderá las segundas quincenas de los meses de julio y agosto; las primeras quincenas de los meses de julio y agosto comprenderán desde las 10:00 horas del día 1 hasta las 10:00 horas del día 16, y las segundas quincenas los meses de julio y agosto comprenderán desde las 10:00 horas del día 16 hasta las 10:00 horas del día 1 del mes siguiente, \* vacaciones de navidad: la primera mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 10:00 horas del día 31 de diciembre, y la segunda mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día anterior al de inicio del curso escolar.

2) A partir del momento en que la niña empiece el primer curso del ciclo de educación primaria: a) régimen ordinario: \* fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio, hasta el lunes a la entrada del colegio, \* miércoles alternos con pernocta: cuando no le toque el fin de semana alterno al padre, éste podrá tener a su hija en su compañía el miércoles de esa semana, desde la salida del colegio, hasta el jueves a la entrada del colegio, b) periodos vacacionales: El padre podrá tener en su compañía a su hija durante la mitad de los periodos vacacionales de semana santa, verano y navidad, correspondiendo la primera mitad al padre los años pares y a la madre los años impares; a estos efectos: \* vacaciones de semana santa: la primera mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 10:00 horas del jueves santo, y la segunda mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del jueves santo hasta las 20:00 horas del día anterior al de inicio del curso escolar, \*vacaciones de verano: la primera mitad del periodo vacacional comprenderá las primeras quincenas de los meses de julio y agosto, y la segunda mitad del periodo vacacional comprenderá las segundas quincenas de los meses de julio y agosto; las primeras quincenas de los meses de julio y agosto comprenderán desde las 10:00 horas del día 1 hasta las 10:00 horas del día 16, y las segundas quincenas los meses de julio y agosto comprenderán desde las 10:00 horas del día 16 hasta las 10:00 horas del día 1 del mes siguiente, \* vacaciones de navidad: la primera mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 10:00 horas del día 31 de diciembre, y la segunda mitad del periodo vacacional comprenderá desde las 10:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día anterior al de inicio del curso escolar.

3) Observaciones comunes a los apartados 1) y 2): a) en todos los casos (salvo cuando deba hacerlo en el centro escolar), el padre se encargará de recoger a la menor en el domicilio materno y de devolverla al mismo, b) los días o periodos no lectivos (en los que no se pueda recoger o entregar a la menor en el centro escolar), el padre deberá recogerla o entregarla en el domicilio materno, c) comunicaciones telefónicas: en todos los



casos, periodos vacacionales incluidos, el progenitor que no tenga a la hija en su compañía podrá contactar diariamente con la misma por vía telefónica, dentro de la franja horaria comprendida entre las 19:00 y 20:00 horas, sin que la conversación pueda alargarse más de quince minutos, d) no obstante todo lo anterior, los padres podrán articular todas las modificaciones del regimen de visitas que estimen oportunas siempre que adopten las correspondientes decisiones de común acuerdo; 3) El padre contribuirá al sostenimiento de la hija común en la siguiente medida: a) pensión de alimentos: \* el padre deberá pagar una pensión de alimentos a la hija común de 300 euros mensuales, cantidad que deberá abonar por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta bancaria que la madre designe a tal efecto, \* la cuantía de la pensión se actualizará automáticamente el mes de enero de cada año en función de las variaciones que experimente el índice de precios al consumo para Catalunya que publique el INE, o el índice que sustituya al anterior; la primera actualización tendrá lugar el mes de enero de 2016, b) gastos extraordinarios: \* el padre deberá abonar la mitad de los gastos extraordinarios de hija común, entendiendo como tales los gastos que son necesarios pero imprevisibles o de carácter no periódico, como, por ejemplo, los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, o, en su caso, por la mutua privada concertada (gafas, dentista, ortopedias, etc.), las clases de refuerzo aconsejadas por el centro escolar, o los tratamientos o terapias aconsejados por profesionales (médicos, psicólogos, logopedas, etc.) sin cuyo seguimiento la hija podría sufrir un deterioro físico o un importante retraso intelectual o emocional; la asunción de estos gastos, por su propia condición de necesarios, no requerirá previa conformidad del padre, sino únicamente comunicación suficiente al mismo, aunque sea a posteriori,

c) puntualizaciones: \* los gastos derivados directamente de la escolarización de la hija común, tales como las cuotas ordinarias, matrículas, libros y material escolar, cuotas de la AMPA, comedor escolar, ropa y equipamiento escolar, salidas y excursiones incluidas en el itinerario curricular, etc., no son, por su propia naturaleza, gastos extraordinarios, pues son gastos necesarios pero previsibles o de carácter periódico -aunque la periodicidad sea anual, como en el caso de las matrículas, libros o material escolar-, por lo que irán a cargo de la pensión de alimentos, \* los gastos derivados de las actividades escolares no incluidas en el itinerario curricular -colonias, semana blanca, viajes de fin de curso o de fin de ciclo, casal de semana santa, casal d'estiu y similares-, y de las actividades extraescolares que pueda practicar la hija -deportes, idiomas y similares-, tampoco son, por su propia naturaleza, gastos extraordinarios -pues no son gastos necesarios-, por lo que los progenitores sólo deberán contribuir a su pago si prestan su conformidad a priori, y en la proporción que libremente acuerden. No hace pronunciamiento sobre las costas causadas.

## 2. CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurrente Sr. Benedicto argumenta que sea vulnerado su derecho a la prueba ( art. 24 CE ) al denegarse el interrogatorio de parte (que hay que entender referido a la madre) y el testigo detective y se le ha producido indefensión. Reclama que se declare que la pareja se extinguió (aunque admite que convivencia fue "atípica", pues se alternaba con la de la esposa legal) y sostiene que tal declaración es habitual en los tribunales. Defiende que se dan los presupuestos de una guarda paterna o compartida. Pide alimentos para uno y otro caso (en guarda paterna, a cargo de la madre, y en compartida, a su cargo).

La parte apelada se opone y defiende la sentencia. Sostiene que la buena evolución de la niña ha quedado acreditada y que no era necesaria la testifical. No entiende procedente un pronunciamiento declarativo de extinción y defiende la guarda materna. Dice que solo trabaja dos o tres días por semana. Analiza las pruebas a su interés. Impugna la sentencia para reclamar el pasaporte y que pueda viajar en verano a Brasil para visitar a la familia materna (país que el parte en el Convenio de la Haya). Dice que ella y la niña están arraigadas aquí.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación.

El padre se opone a la impugnación y dice que es nueva la petición de permiso para viajar a Brasil, país incumplidor del Convenio de la Haya y persiste el riesgo de sustracción.

## 3. TRÁMITES EN LA SALA

El asunto se ha registrado en la Sección el día 20 de mayo de 2016. Se ha admitido como prueba y se ha practicado la acordada en el Auto de fecha 15 de junio de 2016 y se ha señalado el día 24 de enero de 2017 para deliberación, votación y fallo. Esta resolución no se ha dictado en el término previsto en el artículo 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debido a causas estructurales, lo que se hace constar a los efectos del artículo 211.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1. LA SUPUESTA INDEFENSIÓN



En el escrito de recurso se denuncia indefensión y quiebra de la tutela judicial efectiva por el hecho de no haberse practicado en instancia la prueba de interrogatorio de parte y la testifical de detective, pero no se pide nulidad de actuaciones, que la Sala no puede acordar de oficio ( art. 227 LEC ).

Además la declaración del detective no hubiera aportado datos significativos, en tanto la madre ha admitido en todo momento que vive de ejercer la prostitución, por lo que era una prueba inútil e innecesaria.

En cuanto al interrogatorio de la madre es deseable oír directamente a los implicados, como manifestación directa de que la Justicia se administra oyendo personalmente a los ciudadanos sobre los temas que les afectan no solo en su presencia, sino con su intervención activa (y los jueces pueden actuar activamente en este tema acordando la audiencia personal).

Pero cuando se plantea el interrogatorio como prueba de cargo, la Ley somete estrictamente su práctica a la petición de contrario ( art. 301 LEC ).

Visionado el juicio, se aprecia que es el Ministerio Fiscal quien primero protestó sobre la falta de interrogatorio (pero no ha reproducido la petición en alzada) y la letrada de la actora protestó también por el no interrogatorio del demandado (tampoco reproduce la petición en apelación).

La defensa de la madre se limitó a protestar y aclaró el sentido del interrogatorio que pretendía, basado en preguntas sobre la situación administrativa en el país de la Sra. Clemencia , como presupuesto para una posible sustracción internacional de la menor.

Con estos parámetros, el objeto del interrogatorio no hubiera sido esencial para resolver (la prueba era impertinente), pues era posible y más certero y adecuado acreditar la situación administrativa con prueba documental de los servicios de **extranjería** o policiales. Y, aun de haberse practicado el interrogatorio y reconocido tal situación administrativa irregular por parte de la madre, ello no hubiera arrastrado de forma inevitable la conclusión de que se iría de España con la hija, lo que ha sido objeto de medida cautelar de retención de pasaporte.

Hay otra dificultad: no se ha pedido la práctica de la prueba en segunda instancia, como exige el art. 460 LEC . Hay una petición genérica en el suplico, pero no una solicitud expresa. La Sala no resolvió sobre el tema y el recurrente toleró el Auto de 15 de junio de 2016 que solo admitía prueba de la parte apelada, sin denunciar infracción alguna.

## 2. LA PETICION DE DECLARACION EXTINTIVA DE PAREJA ESTABLE

El art. 5.1 LEC limita la tutela jurisdiccional, en el ámbito declarativo, a la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, a la constitución, modificación o extinción de estas últimas y a cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista en la Ley.

Ha dicho el Tribunal Supremo ( STS, Civil sección 1 del 09 de mayo de 2016 (ROJ: STS 2063/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2063) y STS, Civil sección 1 del 04 de noviembre de 2011 (ROJ: STS 8014/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8014 y las que citan) que son procedentes las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho, sin pronunciamiento condenatorio alguno, bien porque así considere restituida la paz jurídica o porque el pronunciamiento declarativo pretenda hacerlo valer prejudicialmente en otro proceso, o bien en otro proceso de nuevo cuño, que tan solo pretenda la condena, pero ha de responder a la exigencia de un interés legítimo en quien la ejercita, a un interés digno de tutela que no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. Por ello, el ámbito de estas acciones es restringido, pues de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello: debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica. Por ello, es posible desestimar una demanda de declaración, si no concurre un interés legítimo en la pretensión.

Si respecto al matrimonio, el Código civil establece los pronunciamientos de nulidad, separación o divorcio, que dan lugar a efectos en el estado civil de las personas, respecto a la extinción de la pareja de hecho (estable o no estable) la extinción es un mero hecho de significación jurídica, presupuesto de algunos efectos (arts. 234-5, 234-9 y 234-10,) ninguno de los cuales se insta aquí. Ni siquiera la protección de la hija (art. 234-7 y 234-8), que deriva de la potestad parental y no de la relación de pareja. No apreciamos que contenga un real interés jurídico la pretensión del recurrente de que se declare la extinción de la unión que mantuvo con la actora.

Además, un nuevo estudio de las actuaciones pone de manifiesto que no hay prueba de una efectiva convivencia (el padre dice que fue exclusiva con la Sra. Clemencia durante dos años pero no lo acredita) y una tal declaración de existencia y extinción de la unión podría chocar con la excepción de orden público, pues



la relación bígama, de matrimonio y relación extraconyugal al mismo tiempo, de dos familias (que es lo que defiende el recurrente) no está admitida en nuestro Derecho, aunque sólo la analicemos desde la perspectiva de los efectos que pueda producir y no desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales.

Una eventual práctica judicial (declarar en la parte dispositiva de las sentencias la "extinción" de la pareja estable) no constituiría elemento suficiente para obligar a la Sala a un pronunciamiento declarativo o constitutivo en tal sentido.

### 3. LA PETICIÓN DE GUARDA PATERNA O COMPARTIDA

No pueden alegarse las mismas circunstancias como las adecuadas para una guarda monoparental paterna y, al mismo tiempo, para una guarda compartida y es incoherente, si se predica que la madre no puede hacerse cargo de la menor con garantías por dedicarse a la prostitución, proponer de forma alternativa una guarda compartida.

El padre no ha negado que las relaciones finalizaron en 2012 y no pide medidas provisionales hasta dos años después de modo que durante este periodo no ha estado presente en la vida de la menor. El padre, durante la convivencia, llevaba algunas veces a la menor a esplai, pero de la guardería se venía ocupando siempre la madre. Ha sido la madre quien se ha ocupado durante este periodo de la escolarización y es la progenitora referente para la niña. No queda probado que ejerza la prostitución en casa y con riesgo para la menor.

La niña es pequeña y la denunciada ansiedad que padece aconseja no introducir un cambio tan drástico como el de una guarda compartida (ha vivido un abandono y no debe sufrir más alteraciones).

El informe de la psicóloga Sra. Noelia se detiene en la metodología de forma excesiva en el análisis de los antecedentes penales del caso e incluso del informe de detective anterior (sólo el segundo es posterior) al Auto de medidas provisionales y, por tanto, esos datos eran valorables y ya lo fueron en aquel momento. Realiza también un análisis extensísimo de la figura paterna que no estaría compensado con la sola audiencia de la madre que proponía, de haberse producido. Con intento de participación de la madre, recoge que la menor está bien, acude al colegio y progresa, mantiene vínculo afectivo con su padre y con su madre. Concluye que el padre no presenta alteraciones y la menor se ha adaptado bien a la escuela, donde quizás se aísla; destaca la "necesidad imperiosa" de que no se pierda la figura paterna, basada en un vínculo de base ansiosa (lo que no parece muy positivo); recoge buenas cualidad de parentalidad del padre, pero también dificultades de comunicación entre progenitores y de cooperación (que el padre atribuye a la madre); dice que hay entre 12 y 15 minutos entre domicilios; recomienda preservar a la menor de los conflictos entre progenitores, que haya comunicación y concreciones en el régimen relacional; que se priorice a los padres frente a terceros y se trabaje el vínculo emocional hacia una apego seguro con ambos.

Todas estas apreciaciones son igualmente deseables cualquiera que sea el sistema de custodia y no inclinan la balanza a favor de una guarda paterna, ni compartida.

El día del juicio, la psicóloga reitera el apego de la niña a su madre y admite que en parte los datos han sido facilitados por el padre, que la escuela reflejaba que la niña estaba bien, con buen vínculo con ambos padres. No apoya de forma explícita una guarda compartida.

Tampoco ha quedado demostrado que la guarda materna sea perjudicial y haya que atribuirla al padre.

Es bueno que el Sr. Benedicto ahora quiera cuidar de la niña como ella merece, pero no puede hacerlo al precio de desmerecer a la madre y se constata que la niña está bien cuidada por la Sra. Clemencia, como recogen los Servicios Sociales de DIRECCION001 (que no detectan indicadores de riesgo para la niña) y el colegio de la menor.

Las pretensiones alimenticias venían vinculadas a las de guarda, por lo que rechazadas éstas no es preciso analizar aquéllas.

### 4. LA DEVOLUCION DEL PASAPORTE

Es verdad que no se planteó por la madre, en instancia, la petición de devolución del pasaporte y de autorización para viajar en verano a Brasil. Aunque a priori y con las garantías suficientes para el regreso, no ha de haber inconveniente, la petición es nueva y merece ser estudiada con más detalle, con especificación de los periodos concretos y de las condiciones en que se pretende el traslado temporal y respetando el principio de contradicción y el derecho de defensa del padre. No hay prueba suficiente del arraigo de la madre, de su situación administrativa, y su medio de vida no favorece una estabilidad laboral y una perspectiva de permanencia.

Se debe recordar a las partes la vigencia del Convenio de la Haya y que no cabe presumir que el Estado de Brasil no llegara a aplicarlo, de ser el caso.



## 5. LAS COSTAS

Las costas del recurso y de la impugnación no deben imponerse, conforme a los artículos 398.1 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser materia no rogada y primera regulación.

### FALLO

1. Desestimamos el recurso de apelación y la impugnación.
2. No nos pronunciamos sobre las costas del recurso.

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.

Confirmada la resolución recurrida dese el destino legal a los depósitos constituidos (disp. 15ª L.O. 1/2009), en su caso.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** . En Barcelona, 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.