



Roj: **SAP B 12248/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12248**

Id Cendoj: **08019370182018100784**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **28/11/2018**

Nº de Recurso: **449/2018**

Nº de Resolución: **840/2018**

Procedimiento: **Recurso de anulación de laudo arbitral**

Ponente: **MYRIAM SAMBOLA CABRER**

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.: 0826642120148264083

### **Recurso de apelación 449/2018 -S**

Materia: Proceso especial contencioso divorcio

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION001 (UPSD)**

**Procedimiento de origen:Divorcio contencioso 433/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Nuria

Procurador/a: ANNA CLUSELLA MORATONAS

Abogado/a: Laura Pradedá Martínez

Parte recurrida: Rodolfo

Procurador/a: ANNA ALBALATE DALMASES

Abogado/a: D<sup>a</sup> ESTHER COSTA ROSELL

### **SENTENCIA N° 840/2018**

#### **Magistrados:**

D. Francisco Javier Pereda Gámez

D<sup>a</sup> Myriam Sambola Cabrer (ponente)

D<sup>a</sup> Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 28 de noviembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En fecha 23 de abril de 2018 se han recibido los autos de Divorcio contencioso 433/2016 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION001 (UPSD) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora ANNA CLUSELLA MORATONAS, en nombre y representación de Nuria contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora ANNA ALBALATE DALMASES, en nombre y representación de Rodolfo .



SEGUNDO.- El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:" FALLO: ESTIMO la demanda formulada la Procuradora de los Tribunales Da Anna Albalate Dalmases, en nombre y representación de D. Rodolfo , contra Da Nuria , representada por la Procuradora de los Tribunales Da Anna Clusella Moratonas, y DESESTIMO la demanda reconvenicional interpuesta por Da Nuria contra D. Rodolfo , y en consecuencia:

PRIMERO.- Se decreta la disolución del matrimonio por divorcio entre D. Rodolfo y D<sup>a</sup> Nuria , con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

SEGUNDO.- Se atribuye la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad Valeriano y Victorino a D. Rodolfo , manteniendo ambos progenitores tanto la titularidad como el ejercicio de la potestad parental respecto los menores.

TERCERO.- Se establece a favor de D<sup>a</sup> Nuria un régimen de visitas con los dos hijos menores de edad conforme el acuerdo de ambos progenitores.

En defecto de dicho acuerdo, el régimen de visitas tendrá lugar durante los periodos vacacionales de navidad, semana santa y verano, de la siguiente forma:

a) En las vacaciones escolares de semana santa, la madre tendrá derecho a estar con los hijos duante todo el periodo no lectivo, desde el día siguiente al último día lectivo hasta el día anterior al primer día lectivo.

b) En las vacaciones escolares de navidad, la madre tendrá derecho a estar con los hijos durante uno de estos periodos: desde el día siguiente al último día lectivo hasta el día 3 de enero; o desde el día 27 de diciembre hasta el día anterior al primer día lectivo. Al padre le corresponderá tener a los hijos el resto del periodo vacacional. En defecto de acuerdo, le corresponderá a la madre el primer periodo en los años pares y el segundo periodo en los años impares.

c) En las vacaciones escolares de verano, la madre tendrá derecho a estar con los hijos durante uno de estos periodos: desde el día siguiente al último día lectivo hasta el día 15 de agosto; o desde el día 15 de julio hasta el día anterior al primer día lectivo. Al padre le corresponderá tener a los hijos el resto del periodo vacacional. En defecto de acuerdo, le corresponderá a la madre el primer periodo en los años pares y el segundo periodo en los años impares.

La Sra. Nuria tendrá libertad para decidir ejercitar el derecho de visitas en España o en México.

La Sra. Nuria también tendrá derecho a estar con sus hijos todas aquellas ocasiones en las que viaje a España fuera de los periodos vacacionales, siempre que preavise al padre con una antelación de quince días y que con ello no perturbe la rutina de los menores.

La Sra. Nuria deberá recoger a los menores en el domicilio paterno para ejercer el derecho de visita, y el Sr. Rodolfo deberá retornar a los menores a su domicilio. Será elección de cada uno de los progenitores hacer el viaje con los menores o bien hacer uso del servicio de acompañamiento de que disponga la aerolínea que contraten.

CUARTO.- Se reconoce a Da Nuria el derecho a comunicar con sus hijos por cualquier medio siempre que lo considere oportuno, con la única condición de respetar el descanso de los menores y del otro progenitor y tener en cuenta la diferencia horaria entre los dos países.

QUINTO.- El uso del domicilio conyugal, sito en la CALLE001 número NUM007 NUM008 NUM008 DIRECCION001 , se atribuye a D. Rodolfo mientras dure la guarda de los hijos menores de edad.

Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de dicha vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual, deberán ser satisfechos por el Sr. Rodolfo .

SEXTO.- Se fija a cargo de Da Nuria una pensión alimenticia en favor de los dos hijos menores de edad en la cantidad de 175 euros mensuales para cada uno, esto es 350 euros en total. Dicha pensión deberá ser ingresada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que a tal efecto señale el Sr. Rodolfo , y se incrementará o disminuirá conforme a las variaciones del Índice General de Precios al Consumo (IPC), actualizándose anualmente de forma automática.

SÉPTIMO.- Los gastos extraordinarios que tengan su origen en los dos hijos menores de edad serán abonados por mitad entre ambos progenitores.

En cuanto al concepto de gastos extraordinarios se estará a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho DECIMOCUARTO de esta misma resolución. Para su exigibilidad, será necesario que exista acuerdo entre ambos progenitores, a cuyo fin el que suscite la necesidad de gasto deberá comunicar fehacientemente al



otro antes de realizarlo, entendiéndose que éste asiente a la conveniencia del gasto si deja pasar un plazo de 30 días desde la notificación sin formular oposición. Si se tratara de gastos urgentes, la notificación al otro progenitor se podrá efectuar una vez realizados. Y en el supuesto de oposición, será precisa resolución judicial.

OCTAVO.- Se declara extinguido el condominio existente sobre la vivienda sita en la CALLE001 número NUM007 NUM009 de DIRECCION001 (inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de DIRECCION001 al tomo NUM010 libro NUM011 folio NUM012 con el número NUM013 ) y sobre la plaza de aparcamiento ubicada en la finca sita en la CALLE001 número NUM007 de DIRECCION001 (inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de DIRECCION001 al tomo NUM010 libro NUM011 folio NUM014 con el número NUM015).

En consecuencia, se decreta la división de dichos bienes inmuebles, cuya propiedad se adjudica a D. Rodolfo . A cambio, el Sr. Rodolfo asume el pago íntegro del préstamo garantizado con la hipoteca que grava dichos bienes, sin perjuicio de los derechos que correspondan al prestamista en virtud del contrato celebrado.

NOVENO.- No ha lugar a reconocer una prestación compensatoria a favor de Da Nuria .

No ha lugar a realizar otros pronunciamientos.

No procede hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

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 27/11/2018.

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

Se designó ponente a la Magistrada Myriam Sambola Cabrer .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada y ,

PRIMERO.- La Sra. Nuria recurre en apelación la sentencia de divorcio de enero de 2018 y alega: 1) falta de competencia de la jurisdicción española y nulidad de la sentencia y 2) " ad cautelam" infracción del interés del menor y aplicación del principio sancionador en el otorgamiento de la guarda y custodia a favor del padre. Solicita se acuerde la nulidad de la sentencia por falta de competencia internacional de la jurisdicción española y subsidiariamente se otorgue la guarda materna de los menores, se conceda el régimen de comunicación y visitas paternofilial que detalla, abonando el padre el 70% de los gastos de desplazamiento y el 30% la madre, se acuerde el pago de una pensión de alimentos de 900 euros mensuales para los dos hijos con abono del 70% de los gastos extraordinarios por el padre y el 30% la madre, con especial referencia a los gastos de dislexia y discalculia y se acuerde una pensión compensatoria a favor de la Sra. Nuria de 150 euros/mes por un periodo de 3 años.

El Sr. Rodolfo se ha opuesto al recurso y también el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Competencia de la jurisdicción española.

Como consigna la sentencia recurrida la Sra. Nuria alegó esta excepción en trámite de conclusiones pero la competencia judicial internacional es materia de orden público por lo que debe examinarse de oficio.

Compartimos y confirmamos en su totalidad la extensa fundamentación de la sentencia apelada.

El juzgado de primera instancia número 2 de DIRECCION001 es competente en aplicación del artículo 1, 10, 12 y 61 del Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 ( Bruselas II bis) aplicable a situaciones extracomunitarias, a pesar de que la Sra. Nuria de **nacionalidad** mexicana, resida en la actualidad en México porque, conforme al artículo 61 R es aplicable el Reglamento cuando el menor tiene su residencia habitual en un estado miembro. Si el traslado ha sido ilícito los menores no han cambiado de residencia. De una sustracción ilícita no puede derivarse un cambio competencial favorable al progenitor sustractor. En cualquier caso cuando se planteó la demanda, noviembre de 2014, la residencia habitual de los niños estaba en España.

También lo es conforme a lo dispuesto en el artículo 7 1º b) del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, dado que si bien los menores residen en México desde agosto de 2014, dicho cambio de domicilio se debió a un traslado ilícito porque los menores viajaron a aquel país para disfrutar las vacaciones de verano y en septiembre de 2014 cuando debían retornar a España, la madre decidió unilateralmente no regresar. El Sr. Rodolfo ha instado la restitución prevista en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, en trámite al tiempo de formularse este recurso, por lo que los menores no cuentan con una residencia habitual en dicho estado.



Por último se llegaría al mismo resultado aplicando la competencia residual prevista en el artículo 22 quater D de la LOPJ.

Es de destacar como consigna la sentencia y apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso que el letrado de la Sra. Nuria en el acto de la vista de abril de 2017 manifestó que no cuestionaba la competencia de este juzgado siendo en el informe escrito de conclusiones donde planteó por primera vez la falta de competencia del juzgado.

El procedimiento de sustracción internacional seguido en México a partir de la solicitud de restitución de 8 de octubre de 2015 presentada por el Sr. Rodolfo es un procedimiento con objeto distinto al que nos ocupa. La resolución de 9 de agosto de 2018 dictada por el Tribunal Colegiado en materia civil del séptimo circuito, ha declarado la ilicitud del traslado de los menores y ordenado su restitución inmediata a su país de origen porque la madre no justificó la excepción contenida en el artículo 12 del Convenio. El 29 de agosto de 2018 la Sala cuarta del Tribunal Superior de Justicia del Estado dictó sentencia en la que ordena la inmediata restitución de los menores si bien el 5 de septiembre de 2018 ha dictado auto acordando la suspensión de la restitución mientras se tramita y resuelve el juicio de amparo directo instado por la madre (folios 31 a 100).

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto, la Sra. Nuria considera en resumen que se ha infringido el principio del superior interés de los menores " al otorgarse la guarda y custodia al progenitor y actor Rodolfo (...) al aplicarse a todas luces un principio sancionador a mi representada por la circunstancia de haber regresado a México con sus hijos y quedarse a vivir en dicho país sin el consentimiento del padre" y considera que toda la prueba ha sido valorada erróneamente.

Su tesis no va a ser acogida.

La sentencia ha valorado de forma exhaustiva la prueba sobre esta materia y razona de forma extensa y detallada la conclusión que alcanza.

No apreciamos error en la valoración ni infracción del principio que se denuncia.

La sentencia no atribuye la guarda de los menores al padre como castigo a la madre. El fundamento noveno de la sentencia contiene un pormenorizado análisis de toda la prueba; documental, interrogatorio de ambos padres y periciales, que compartimos porque, en este caso, lo decisivo es precisamente el estado de los menores y en qué condiciones de guarda estarían mejor lo que se conecta de modo principal con la natural capacidad de adaptación de los menores -en concreto con el retorno a su antigua residencia en el domicilio sito en DIRECCION001 con su padre- y también con la valoración de los padres a efectos de preservar el vínculo paterno-filial.

En este sentido el hecho de que el EATAF no pudiera entrevistarse con la Sra. Nuria para hacer su informe de fecha 9 de agosto de 2017 no lo descalifica porque no está en cuestión la capacidad parental de la madre sino su actitud para cooperar con el otro progenitor y para garantizar una buena vinculación de los hijos con su padre y, de modo fundamental fue objeto de aquel informe la capacidad de adaptación de los hijos que fueron explorados de forma directa por el equipo técnico.

La total prueba practicada acredita que la Sra. Nuria no preserva la figura paterna ante los menores ni fomenta la relación paterno-filial. Al margen del hecho objetivo de la ilicitud del traslado de los hijos a México, hay prueba abundante y diversa de comportamientos obstaculizadores por parte de la madre: desinformación al padre, toma unilateral de decisiones que afectan a los hijos, cumplimiento defectuoso del régimen de visitas establecido en el auto de medidas. Como expone de forma extensa y fundada la sentencia apelada la madre no facilita la comunicación entre los hijos y el padre y esta actitud es perjudicial para ellos en la medida en que no garantiza su bienestar y correcto desarrollo.

El informe del EATAF aprecia implicación y buenas capacidades del padre para dar a los hijos un entorno educativo sano y estable y califica de elaborado y meditado su proyecto parental, aprecia vinculación afectiva sólida con los hijos y capacidad para preservar la figura materna. Las periciales de la Sra. Alicia y del EATAF son coincidentes en que " lo mejor para los dos menores es que no se hubieran marchado a residir a México y que " lo mejor para los dos menores es regresar a España con sus dos progenitores". La psicóloga del EATAF declaró que los niños están sufriendo y que la falta de contacto con su padre les está afectando muchísimo a los dos. Añadió que, si permanecen en México, existe un riesgo alto de que se desvinculen de la figura paterna. Así lo valora la sentencia apelada y también el Ministerio Fiscal en sus informes y escrito de oposición al recurso formulado por la madre.

El informe del Equipo técnico concluye que los dos hijos muestran capacidad para poder integrarse de forma satisfactoria en el núcleo paterno, valorando que no es nuevo para ellos, especialmente para Valeriano que ha vivido la mayor parte de su vida en él (folio 1429).



Finalmente rechazamos la valoración del informe pericial emitido por la psicóloga Sra. Araceli porque - al margen de su fecha, octubre de 2017- carece de rigor técnico dado que realiza conclusiones sobre el modelo de guarda sin haber examinado a los hijos de forma personal y sin haber entrevistado al padre.

Confirmado el sistema de guarda, desestimamos también todas aquellas peticiones directamente vinculadas a la guarda materna y específicamente el régimen de visitas y la pensión filial a cargo del padre.

En cuanto a los gastos extraordinarios y los gastos de desplazamiento en cumplimiento del régimen de visitas, dado que no ha quedado acreditado que exista un desequilibrio económico que justifique un reparto desigual de estos gastos y compartiendo la valoración que la sentencia contiene sobre la ponderación de las circunstancias concurrentes con ajuste a la doctrina del Tribunal Supremo sobre este particular: -interés del menor y reparto equitativo de cargas-, mantenemos el porcentaje paritario establecido ( SSTS 289/2014, de 26 de mayo, 685/2014 de 19 de noviembre 565/2016 de 27 de septiembre, 301/2017 de 16 de mayo , entre otras).

CUARTO.- Por último la Sra. Nuria reclama nuevamente el reconocimiento de una prestación compensatoria. Sostiene, en esencia, que la ruptura del matrimonio le ha supuesto un desequilibrio porque el esposo era el proveedor de la familia y la apelante asumió la función de cuidado y crianza de los menores desde su nacimiento ajustando su actividad laboral a ese rol materno. Por ello pide el reconocimiento de una pensión compensatoria de 150 euros/mes durante tres años. Este motivo va a ser también desestimado. La sentencia razona extensamente su improcedencia con ajuste a la normativa de aplicación y el resultado de la actividad probatoria producida en la instancia.

Siguiendo la jurisprudencia citada en la sentencia apelada y reiterada por el TSJC en sentencia de 27 de septiembre de 2018 recordamos que la idea central a la que responde la pensión compensatoria -actualmente regulada en los artículos 233-14 a 233-19 CCC- y su razón de ser es corregir el desequilibrio económico entre la posición en que queda uno y otro en el momento de la ruptura porque su finalidad es colmar ese desequilibrio. Y es presupuesto para su concesión que el desequilibrio, de existir, esté producido por la ruptura de la convivencia. En este caso, poco puede añadirse a lo razonado en la sentencia apelada. Está acreditado en autos que la Sra. Nuria siempre ha trabajado y en la actualidad lo sigue haciendo y no ha probado que se haya producido una merma en sus posibilidades de obtener ingresos a causa de la ruptura, primer presupuesto para el reconocimiento de esta prestación. Incluso ha declarado que en 2013 quedó en desempleo por razón de la crisis económica, siendo uno de los motivos de marchar a su país la posibilidad de encontrar trabajo con la ayuda de su familia por lo que no hay nexo suficiente entre la ruptura y el desequilibrio alegado. Finalmente la prueba acredita que su situación actual en México no es de necesidad, la Sra. Nuria percibe ingresos como decoradora y también por las rentas de los inmuebles que le han sido cedidos por su familia, reside en una vivienda en un barrio acomodado, cuenta con servicio doméstico y chófer, los hijos acuden al mejor centro privado de Veracruz.

QUINTO.- Dada la resolución que se adopta, no se imponen las costas del recurso.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación deducido por D<sup>a</sup> Nuria contra la sentencia de fecha 10 de enero de 2018 dictada por el juzgado de Primera Instancia n. 2 de DIRECCION001 en autos de divorcio contencioso de que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, sin imposición de costas.

Por último, respecto al depósito que ha constituido la parte recurrente, debe acordarse lo que proceda conforme a lo dispuesto en la DA 15<sup>a</sup> de la LOPJ.

**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 16<sup>a</sup> 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 15<sup>a</sup> de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :