



Roj: **SAP B 164/2019 - ECLI:ES:APB:2019:164**

Id Cendoj: **08019370122019100018**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **18/01/2019**

Nº de Recurso: **295/2018**

Nº de Resolución: **32/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ**

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.: 0801942120170071099

Recurso de apelación 295/2018 -A1

Materia: Proceso especial filiación, paternidad y maternidad

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Filiación 267/2017

Parte recurrente/Solicitante: Diana

Procurador/a: Cristina Borrás Mollar

Abogado/a: Montserrat Gay Coldeforns

Parte recurrida: Justino

Procurador/a: Francisca Jose Ruiz Fernandez

Abogado/a: Ana Maria Mayner Lasaosa

SENTENCIA N° 32/2019

Magistrados:

D. José Pascual Ortuño Muñoz

D^a. María Gema Espinosa Conde

D^a. María Isabel Tomás García

Barcelona, 18 de enero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 19 de marzo de 2018 se han recibido los autos de Filiación 267/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Cristina Borrás Mollar, en nombre y representación de Diana contra Sentencia - 19/12/2018 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Francisca Jose Ruiz Fernandez, en nombre y representación de Justino .



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

"Estimar la demanda interpuesta por la representación de D. Justino sobre reclamación de filiación extramatrimonial respecto de la menor Gregoria contra Diana, por lo que declaro que Gregoria, nacida el NUM000 de 2016, e inscrita en el Registro Civil de Calgari (Italia) es hija biológica de D. Justino. En consecuencia acuerdo que los apellidos de Gregoria, serán, Cristobal.

Asimismo se establece respecto de la menor las siguientes medidas en relación a la hija menor:

1.- La GUARDIA Y CUSTODIA de la menor se atribuye a la madre siendo la patria potestad compartida.

2.- REGIMEN DE VISITAS DEL PADRE

Inicialmente el régimen de visitas será de dos hora en el Punt de Trobada de forma supervisada por un técnico del Punt de Trobada todos los sábados desde las 10.00 hasta las 12:00 horas, transcurridos cuatro meses y previo informe favorable del Punt de Trobada, las visitas del padre dejarán de llevarse a cabo en el mismo y pasaran a ser de fines de semana alternos los sábados y los domingos desde las 10.00 hasta las 18.00 horas con entregas y recogidas en el domicilio de la madre. Durante el año 2018 no se establece un periodo vacacional de veranos y el régimen de visitas solo será de

fines de semana alternos todos los sábados y domingos hasta septiembre de 2018 en que a partir de entonces si que existirán los periodos vacacionales de navidad de 2018 y de Semana Santa de 2019, pero sin que el padre tenga pernocta durante los días del tuno de vacaciones.

A partir del mes de junio de 2019, es decir cuando la niña ya tenga tres años de edad, el régimen de visitas pasará a ser con pernocta de fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta el domingo a las 19.00 horas con entregas y recogidas en el domicilio de la madre.

En cuanto a los periodos vacacionales serán los siguientes

Vacaciones escolares navideñas.

La hija pasará la mitad de las vacaciones escolares navideñas con cada uno de los progenitores. El primer período comprenderá desde el último día lectivo desde la salida del colegio hasta el 30 de diciembre a las 20 horas, momento en que el otro progenitor recogerá a la hija en el domicilio habitual en el que se encuentre para tenerla consigo hasta el primer día lectivo en que la llevará al colegio correspondiendo el primer período al padre los años impares y a la madre en los pares.

Vacaciones escolares de Semana Santa.

La hija pasará la mitad del tiempo con cada uno de sus progenitores, siendo el primer período desde la finalización del colegio al miércoles santo, y el segundo desde el miércoles santo al inicio colegio. El cambio de período se hará los miércoles a las 20 horas, en el domicilio habitual en el que esté el menor en dicho momento. El primer periodo corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

Vacaciones escolares de verano.

En los periodos no lectivos de junio y septiembre se mantendrá el régimen de visitas ordinario.

Durante los meses de julio y agosto, la hija pasará quince días con cada progenitor de forma alterna y correspondiendo las segundas quincenas siempre a la madre y las primeras quincenas siempre al padre.

1.- del 1 de julio a las 19 horas al 16 de julio a las 19 horas.

2.- del 16 de julio a las 19 horas al 1 de agosto a las 19 horas.

3.- del 1 de agosto a las 19 horas al 16 de agosto a las 19 horas.

4.- del 16 de agosto a las 19 horas hasta el último día de agosto a las 19 horas.

El padre manifiesta que actualmente tiene fijada su residencia en Barcelona, CALLE000 NUM001, NUM002 NUM003, con obligación por parte de ambos progenitores de comunicarse recíprocamente el lugar de residencia.

Los progenitores deberán comunicar entre si las cuestiones que afecten a la hija a través de sus respectivos correos electrónicos DIRECCION000 y

DIRECCION001

3.- PENSION DE ALIMENTOS



En concepto de pensión de alimentos el padre abonará a la madre la cantidad de 180 euros mensuales en doce mensualidades al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente a primero de enero en función del IPC. Los gastos extraordinarios de carácter médico no cubiertos por la Seguridad Social o mutua médica se abonarán por mitades.

4.- Se acuerda mantener la prohibición de salida del territorio nacional de la madre con la hija menor con la posibilidad de que mediante la autorización judicial pueda salir del territorio nacional, y previa presentación de los billetes de ida y vuelta, tanto de la madre como de la menor y con traslado al padre de la petición de la salida. No obstante en el caso de que el motivo del viaje sea el fallecimiento de un familiar, la madre dada la urgencia mediante la simple presentación de los billetes de ida y vuelta en el juzgado y sin necesidad de dar traslado al padre, podrá obtener la autorización de salida del territorio nacional.

5.- No se hace expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Líbrese la oportuna comunicación al Punt de Trobada."

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 al Magistrado D. José Pascual Ortuño Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO. - EL OBJETO DEL RECURSO. -

La sentencia de primera instancia dictada en proceso de reclamación de paternidad no matrimonial a instancias del actor cuya parte dispositiva consta transcrita en los antecedentes, ha declarado la paternidad biológica del actor, Don Justino respecto de la menor Gregoria (nacida en Cagliari (Italia) el 26.6.2016), que al tiempo de la interposición de la demanda figuraba inscrita en el registro civil de la referida ciudad de Cerdeña.

La sentencia ha sido consentida por la madre y por el Ministerio Fiscal y es firme en lo que refiere al vínculo de paternidad reclamado y reconocido. El presente recurso es promovido por la madre (demandada), con el objeto de impugnar diversos pronunciamientos sobre las medidas complementarias acordadas, entre otras el pronunciamiento por el que se dispone establecer como primer apellido el del padre, solicitando al respecto que se mantenga el de la madre; por la misma vía impugna el régimen de relación y visitas, la cuantía de los alimentos y la medida adoptada de prohibición de salida de la menor al extranjero.

La representación del demandante (padre) y del Ministerio Fiscal solicitan la confirmación de la sentencia en todos sus extremos.

SEGUNDO. - ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA Y DE LA LEY APLICABLE.

La primera cuestión que es de plantear de oficio, por tratarse de una cuestión de orden público e inderogable, es el de la competencia en materia de filiación, por ser de naturaleza imperativa e inderogable, estando los tribunales obligados a examinarla de oficio con carácter previo a la admisión de la demanda conforme establece la regla 4ª del artículo 769 de la LEC al referirse la pretensión a una persona menor de edad, en relación con el artículo 58 del mismo texto procesal.

A tal efecto se debe remarcar que el fuero de competencia judicial respecto a las acciones de filiación ha quedado expresamente excluido de los tratados internacionales que obligan a España, por lo que se han de aplicar las normas generales de derecho interno en materia de derecho internacional privado. El artículo 22 de la LOPJ establece que en materia de filiación y relaciones paterno-filiales son competentes los tribunales españoles cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda. No se ha puesto en duda en ningún momento que aun cuando la niña nació en Italia y reside en España, por cuanto la madre ha establecido en Barcelona su residencia habitual. En consecuencia, la competencia del juzgado de Barcelona que ha conocido del asunto, por ser el del domicilio del menor, así como el de su madre y su padre, es incuestionable.

Por lo que se refiere al segundo de los presupuestos del enjuiciamiento, que es el de la ley aplicable, el artículo 9 del Código Civil en su párrafo 4) establece que el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo y, si ésta no pudiera determinarse, por la residencia habitual. En este caso y como ya se ha expresado en el párrafo precedente, la menor tiene la **nacionalidad** italiana por razón del nacimiento en dicho país, de madre también italiana. En consecuencia, las normas relativas a la

nacionalidad, así como las normas correspondientes a la inscripción en el Registro civil correspondiente son las del referido país, mientras que las normas relativas a los deberes y derechos derivados de la filiación, son las españolas por cuanto la menor reside actualmente en España.

TERCERO. - EL ORDEN DE LOS APELLIDOS DE LA MENOR.

Por lo que se refiere al orden de los apellidos, al tratarse de una materia relativa al estado civil, rige la ley italiana por ser la de **nacionalidad** de la menor, que no ha sido invocada ni acreditada por el actor. A mayor abundamiento, lo que se dispusiera en este aspecto implicaría la modificación de una inscripción en un registro que no está bajo la jurisdicción española, por lo que la competencia para el cambio del orden de los apellidos corresponde a los tribunales italianos ante los que, en todo caso, el actor podrá solicitar, si procediera a tenor de las normas del derecho interno, modificar los apellidos que figuran inscritos.

En consecuencia, el pronunciamiento respecto al cambio de apellidos debe ser anulado por falta de competencia jurisdiccional en este extremo de los tribunales españoles.

Por otra parte, este caso presenta la peculiaridad de que el padre biológico no intervino ni expresó su consentimiento en el momento de la inscripción por cuanto no existía determinación de la paternidad, sin que consten actos del hoy recurrente para reconocer a la hija en dicho momento. No puede asimilarse esta situación a la que prevén los artículos 53 y 55 de la Ley de Registro Civil y 198 de su Reglamento, en aplicación de la regla del artículo 109 del Código Civil en el sentido de que, de forma subsidiaria a la declaración expresa de ambos progenitores corresponde consignar en primer lugar el apellido paterno, como expresión de la costumbre tradicional que otorga preferencia al varón. Mas no estamos ante un conflicto de interpretación de la norma registral (para la que la competencia la tiene Italia), sino de la prevalencia del principio general del interés del menor. En el caso de autos la personalidad de la niña se ha consolidado desde su nacimiento y como posesión de estado, ostentando en primer lugar el apellido materno. Es así como figura no solo en el registro civil (italiano), sino también en los documentos sanitarios.

El primer motivo del recurso debe ser acogido, sin perjuicio del derecho del padre, y de la propia menor, a instar las acciones correspondientes ante los tribunales competentes para la corrección de las inscripciones registrales en Italia.

CUARTO. - LAS VISITAS Y ESTANCIAS DE LA MENOR CON EL PADRE.

La sentencia ha establecido un pormenorizado calendario progresivo para que la menor pueda ir adaptándose a una nueva figura paterna, hasta ahora no presente en su vida. De forma prudente se ha dispuesto la supervisión y control de estas visitas, que se realizarán en un punto de encuentro, y sin pernoctas.

La representación de la madre impugna las medidas por considerar que no son adecuadas. La parte apelada y el Ministerio Fiscal destacan que el calendario fue establecido de común acuerdo en un receso de la vista del proceso por lo que alegan que la madre no puede ahora oponerse a lo que entonces consintió, según está acreditado en la grabación del referido acto procesal.

En este aspecto se ha señalado que el principio jurídico en base al que ha de resolver esta cuestión es el del interés de la menor, de conformidad con lo que establece el artículo 211-6 del CCCat, así como los principios internacionales de aplicación. A la vista de las actuaciones, es notorio que la ausencia de relación entre el padre y una niña de dos años que todavía es prácticamente un "bebé", no puede improvisarse ni tampoco pueden adelantarse las etapas que se han de superar para que surja en la niña el vínculo de apego natural por el que reconozca al demandado como padre. En este sentido, el aludido pacto consentido por la madre en el entorno de la vista del proceso no puede ser determinante si no se comprueba que es éste el mejor interés de la menor.

Es de considerar que las relaciones entre los progenitores han sido muy tortuosas. Los informes psicosociales que obran en los autos ponen de relieve una personalidad del padre que presenta en determinados momentos fluctuaciones en su carácter y escaso control de sus impulsos, siendo en otras etapas una persona afectiva y responsable, por lo que no es razonable establecer a priori un calendario de progresividad matemática, sino que debe condicionarse la tenencia de la niña fuera del punto de trobada al informe de los técnicos del mismo y a la intervención en coordinación de parentalidad por cuanto no puede colocarse a la menor en ninguna situación de riesgo. La vida afectiva de esta pareja y los informes psicosociales así lo justifican.

En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso de la demandada en este extremo y mantener las visitas supervisadas por el punto de trobada tal como están programadas, y sin pernoctas con el padre mientras no se realice la intervención referida, que se acuerda de oficio por el tribunal al amparo de lo que establece el artículo 236.3 del CCCat y se informe al juzgado, en ejecución de sentencia, de la ausencia de riesgo.

QUINTO. - LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA CON CARGO AL PADRE. -



Por lo que se refiere a la cobertura de las necesidades de la niña, la cantidad de 180 € mensuales de alimentos ordinarios con cargo al padre ha de mantenerse por cuanto consta que el mismo se encuentra en situación de desempleo por el expediente de regulación de empleo de la empresa en la que trabajaba por el que fue despedido. En la actualidad las percepciones del actor por el desempleo, y las ayudas sociales de la demandada representan unos ingresos similares. En este punto hubo acuerdo entre los progenitores que debe mantener, sin perjuicio de que tal cifra pueda experimentar el incremento correspondiente en la medida en la que el actor disponga de un trabajo remunerado de forma acorde con su titulación como psicólogo.

SEXTO. - LAS MEDIDAS RESRICTIVAS DE LA MOVILIDAD DE LA HIJA. -

El último de los pronunciamientos objeto de impugnación por la demandada con su recurso es el que se refiere a la prohibición a la demandada de desplazar a la menor al extranjero.

Este tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones que la restricción de viajar fuera de España debe estar fundamentada en indicios serios de que el interés de uno de los progenitores pueda ser el de sustraer a la hija de la esfera de actuación de las autoridades españolas, para fijar la residencia en un país en el que el progenitor que tenga a la menor consigo pueda consumir un secuestro inconsciente.

En el caso de autos tal indicio no se ha acreditado. Por el contrario, la demandada después de dar a luz a la menor regresó desde Italia a España, y no ha intentado en ningún momento sustraerse a la acción de la justicia. En esta materia, es decir, en cuanto al riesgo de sustracción o retención de la menor en un país extranjero, no es real, por cuanto Italia pertenece al ámbito de acción del Convenio de la Haya, comunitarizado por el Reglamento CE 2001/2003, de tal forma que la protección jurisdiccional dentro del espacio Schengen está garantizada.

Es de considerar que la familia materna extensa de esta niña reside en Cerdeña, por lo que impedir que la madre se desplace con ella a Italia en los periodos vacacionales entra dentro no solo de lo normal, sino también de lo deseable, puesto que la niña ha de fortalecer los vínculos afectivos con los abuelos y familiares que tienen su residencia en Cagliari.

Los temores del actor no son reales y, por el contrario, son un exponente del afán de control sobre la niña y sobre la demandada que el mismo ha exteriorizado con su comportamiento durante la etapa de la convivencia como pareja, e incluso durante el proceso de ruptura. En consecuencia, no se considera una medida adecuada, y ha de dejarse sin efecto.

SÉPTIMO. - La estimación parcial de los recursos determina que no proceda la imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo que establecen los artículos 394 y 398 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLAMOS:

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación de la señora Diana contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de BARCELONA, dictada en el proceso de RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN nº 267/2017 J seguido contra DON Justino , y en el que ha intervenido EL Ministerio Fiscal y, en su consecuencia REVOCAMOS PARCIALMENTE la sentencia apelada en los siguientes extremos: a) se anula y deja sin efecto el pronunciamiento sobre el orden de los apellidos de la menor, que mantendrá los mismos con los que fue inscrita ante el Registro Civil de Cagliari, por lo que su nombre será de Gregoria , sin perjuicio del derecho del padre o de la propia hija a solicitar el cambio de apellidos ante la jurisdicción italiana; b) se dispone, así mismo, en interés de la hija menor, la intervención de un perito que reúna las condiciones de mediador especialista en psicología infantil y en coordinación de parentalidad, que deberá ser designado entre los peritos especialistas acreditados ante el Colegio de Trabajo Social; c) La persona designada para llevar a cabo las funciones de coordinación de parentalidad tendrá las más amplias facultades para entrevistarse con ambos progenitores, con la red de servicios sociales, con los profesores, educadores y médicos que atienden a la menor, técnicos del punto de troyada y otras personas allegadas a uno y otro progenitor, con la finalidad de realizar un seguimiento del cumplimiento de las visitas en el punto de troyada y ayudar a ambos progenitores a elaborar un plan de parentalidad común que garantice el desenvolvimiento del ejercicio conjunto de la potestad parental por la niña, la pacificación de los conflictos entre los progenitores y el normal desarrollo del régimen de estancias y visitas de la menor con el progenitor no custodio; d) tan pronto como sea posible, el coordinador informará al juzgado, atendiendo los informes del punto de troyada y el resto de las entrevistas realizadas, del grado de vinculación de la menor con el padre y de la conveniencia de que se normalicen las estancias incluyendo las pernoctas durante los fines de semana y los periodos vacacionales; e) la persona designada para implementar la coordinación de parentalidad deberá presentar un informe de seguimiento ante el juzgado cada tres meses y al finalizar su intervención; f) se revoca y deja sin efecto la medida adoptada de prohibición a la madre de



llevar consigo a la hija fuera de las fronteras de España, para lo que queda facultada siempre que se trate de periodos vacacionales; manteniendo, exclusivamente, la obligación de informar al padre. Y CONFIRMAMOS la sentencia de instancia en cuanto al resto de sus pronunciamientos; sin declaración especial sobre las costas de la 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 :