



Roj: **SAP B 6647/2019 - ECLI:ES:APB:2019:6647**

Id Cendoj: **08019370182019100387**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **04/06/2019**

Nº de Recurso: **1198/2018**

Nº de Resolución: **407/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ TORMO**

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.: 0827942120158187282

Recurso de apelación 1198/2018 -J

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Modificación medidas supuesto contencioso 1333/2015

Parte recurrente/Solicitante: Apolonio

Procurador/a: Ricard Casas Gilberga

Abogado/a: Enric Vilanova Royo

Parte recurrida: Celestina

Procurador/a: Maria Del Carmen Garcia Garcia

Abogado/a: Sergio Escorihuela Busqueta

SENTENCIA N° 407/2019

Magistradas:

D^a M^a José Pérez Tormo (Ponente)

D^a Dolors Viñas Maestre

D^a Judith Sole Resina

Barcelona, 4 de junio de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 20 de noviembre de 2018 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 1333/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Ricard Casas Gilberga, en nombre y representación de Apolonio contra la sentencia de fecha 02/08/2018 y en el que consta como parte apelada oponente la



Procuradora Maria Del Carmen Garcia Garcia, en nombre y representación de Celestina , y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Se estima la demanda de modificación de medidas y se desestima la demanda reconvenional de modificación de medidas y se acuerda el mantenimiento de las medidas definitivas fijadas en la sentencia de guarda y custodia dictada por el Juzgado de Violencia contra la mujer de DIRECCION000 el 14 de noviembre de 2006, a salvo las siguientes modificaciones:

- Se fija una pensión de alimentos a cargo del padre y a favor de la menor de 200 euros mensuales, manteniéndose el resto de pronunciamientos tanto en relación a la pensión de alimentos (forma de pago, IPC y gastos extraordinarios) como en relación al resto de medidas allí adoptadas.

Todo ello sin efectuar un pronunciamiento expreso en materia de costas procesales."

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 28/05/2019.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega el Sr. Apolonio en su recurso que se ha producido infracción de garantías procesales porque una vez terminada la Vista en primera instancia la Sra. Celestina y su Abogado retornaron a la Sala de celebraciones del Juzgado de primera instancia nº 6 de DIRECCION000 , compareciendo ante SSª y el Ministerio Fiscal para hacerles manifestaciones con intención de influir en la Juzgadora, vulnerando la contradicción entre las partes y el derecho de defensa del recurrente. El agravio al recurrente se ha perpetrado porque la sentencia hoy recurrida se ha dictado en contra de la opinión de la fiscalía que informó solicitando la custodia paterna y se ha acordado mantener la custodia materna de la hija común de las partes. Solicita la nulidad de la sentencia recurrida para que el Juzgador sustituto que corresponda, una vez recusada la Juzgadora que dictó la sentencia recurrida, dicte nueva sentencia o subsidiariamente, esta Sala, de conformidad a las pruebas practicadas y al informe del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal niega los hechos alegados por el recurrente; manifiesta que si hubiera observado cualquier irregularidad lo hubiera denunciado inmediatamente, como es su obligación, y si la parte recurrente hubiera dudado de la imparcialidad del juez debía haberlo hecho valer de manera inmediata mediante su recusación, sin esperar a que se dictara sentencia. En cuanto al recurso presentado manifiesta su conformidad a la postura del apelante y sin apelar ni impugnar la sentencia, solicita que se atribuya la custodia de la hija común al padre.

SEGUNDO.- El derecho a un proceso respetando todas las normas y garantías procesales, cuyo quebranto es uno de los motivos de nulidad que establece el artículo 238 de la L.O.P.J ., se entiende doctrinalmente que, forma parte en el plano constitucional, del derecho a un proceso justo que consagra el artículo 24 de la Constitución , y supone, básicamente el derecho de exponer todo aquello que convenga a la defensa de los derechos e intereses legítimos, para ello además de ser respetado y tutelado por los órganos jurisdiccionales, ha de ser efectiva durante todo el proceso, dado que su resolución va a afectar a esos derechos e intereses legítimos, por ello se considera transgredido cuando se quebrantan los principios contenidos en el artículo 24-2º de la Constitución .

Pero no toda infracción de las normas procesales producen indefensión, como señala el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2001 , solo aquel que provoca: "que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2000 , "la indefensión padecida ha de ser material, es decir, debe tratarse de un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa y no de una mera irregularidad procesal formal, con consecuencias tan sólo potenciales o abstractas (por todas, SSTC 86/1997 , FJ 1 118/1997, FJ 2 , y 26/1999 , FJ 3)", en definitiva solo es admisible aquella indefensión que coarta, obstaculiza o hace imposible la defensa de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito del proceso.

La jurisprudencia ha establecido, para que pueda afirmarse la existencia de indefensión, que concurren los siguientes requisitos: Que el vicio sea grave y esencial, que produzca una indefensión real y efectiva -o sea material, no solamente formal-, STS de 18 de julio de 2002 y que se haya pedido la subsanación de la falta en el momento procesal procedente, STS de 6 de abril de 2000 .



En el presente caso denuncia el recurrente que la Sra. Celestina con su Letrado, una vez finalizada la Vista de primera instancia, volvieron a la Sala de Vistas, donde estaba la Juzgadora y el Ministerio Fiscal, y con ánimo de influir en su decisión estuvieron hablando con ellos unos 10 minutos, lo que es negado por el Ministerio Fiscal, a pesar de que se afirma que también estuvo presente en dicha reunión.

No se ha acreditado la realidad de tal afirmación que en su caso, debió denunciarse en ese momento solicitando estar presente en la reunión o instando al LAJ para que levantara Acta de ese hecho. Y en caso de haberse producido tal reunión extraprocesal no indica la parte actora cómo ha afectado las manifestaciones que pudo realizar la actora en la resolución recurrida. Debe recordarse al recurrente que el informe del Ministerio Fiscal, como protector del menor y tendente a protegerlo es importante pero no es vinculante para el dictado de la sentencia, por lo que su disconformidad con el resultado de la sentencia no implica irregularidad alguna.

En definitiva, no procede acordar la nulidad de actuaciones al no haberse acreditado la indefensión a la parte recurrente, debiendo ahora la Sala entrar en el estudio de la cuestión controvertida.

TERCERO.- No se ha planteado en primera instancia la competencia internacional de los Tribunales Españoles para conocer de las medidas solicitadas. Procede su examen de oficio conforme ordena el art. 38 LEC .

El art. 21 LOPJ establece que los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

En cuanto a las medidas sobre responsabilidad parental, Bolivia, lugar de residencia habitual de la menor no es miembro del Convenio de la Haya de 1996 por lo que se aplica para determinar la competencia el Reglamento **2201/2003** de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. El art. 12,4 del Reglamento dispone que "Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate". Y el apartado 3 a) y b) del mismo precepto declaran la competencia del Estado miembro con el que el menor esté estrechamente vinculado "en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual -circunstancia que concurre en el presente supuesto- o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, siempre que "su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor".

En este caso la madre, titular de la responsabilidad parental tiene residencia habitual en España y el padre que reside con la menor en Bolivia ha aceptado la competencia de los Tribunales Españoles, por lo que tenemos competencia para adoptar la medida de guarda sobre la hija menor.

El Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, regula las normas de competencia sobre alimentos. En este caso la competencia de los tribunales españoles tiene su base en el art. 3 d) del propio Reglamento.

Debemos pues, entrar en las cuestiones de fondo hoy controvertidas.

CUARTO.- La sentencia recurrida considera que no concurren todos los requisitos precisos para estimar la acción de modificación de efectos de sentencia por variación sustancial de circunstancias pues el hecho determinante de tal variación ha sido el traslado de la hija común a Bolivia que no ha sido involuntario sino buscado de propósito por el Sr. Apolonio , por lo que no puede estimar la modificación de efectos pretendido.

Esta Sala no puede estar de acuerdo con este criterio.

Debe tenerse en cuenta a estos efectos el criterio del TSJC que en sentencias de fecha 26 de julio 2012, dijo que los cambios que se adviertan y que afecten al superior interés de los menores pueden ser calificados de sustanciales o determinantes para estimar las pretensiones que se deduzcan oportunamente o que se aprecien de oficio por el Juzgador si culminan en una situación mas beneficiosa para los menores." Y la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha reiterado en la sentencia de 12 de enero 2017 : " Esta Sala tiene ya declarado en sentencia de 9 de enero de 2014 y las que en ella se citan que siendo necesario que en la demanda se describa el cambio de circunstancias producido y se acredite en el procedimiento que por su entidad y transcendencia son susceptibles de modificar la sentencia anterior, en materia de medidas



referidas a los menores de edad, basta que en el procedimiento se alumbre una decisión que haya de ser más beneficiosa para el menor para que el Tribunal deba adoptarla ya que en cualquier procedimiento judicial, es el superior interés del menor el que ha de guiar las decisiones judiciales que le afecten"

En este caso se tiene en cuenta en base al interrogatorio de ambas partes y de la testigo Sra. Ofelia , que durante la convivencia de las partes ambos progenitores se hacían cargo de la hija común. Se separaron firmando un convenio que se aprobó por sentencia de fecha 14-11-2006 , que atribuía la custodia de la menor a la madre, pero un año después, el 18-7-2007 pactaron la atribución de su custodia al padre, con autorización para poder ir a vivir a Bolivia. Este convenio no fue ratificado por las partes en el juzgado por lo que la sentencia hoy recurrida no le ha dado validez.

A este respecto debe recordarse el criterio jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de fecha 19 de julio 2004 y Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22 de abril de 1.997 entre otras muchas, que ciñen la validez de los pactos a los temas de derecho dispositivo, como son entre otros, los económicos y patrimoniales, no pudiendo tener eficacia los pactos que respecto de los hijos menores de edad establezcan las partes en dichos contratos extrajudiciales que caen en la órbita del "ius cogens", pactos que deben pasar por el control judicial para tener validez.

Cierto es que, al no haber sido aprobado por sentencia judicial, la atribución al padre de la custodia de la hija común no era eficaz, pero como indicio importante se puede extraer que la madre estuvo de acuerdo en atribuir la custodia de la hija común al padre y que aquella fuera a vivir a Bolivia con él.

En diciembre 2017 padre e hija se han trasladado a vivir a Bolivia, donde la hija está escolarizada (f. 47) y en conversación con la madre le ha dicho que no quiere volver a España, según manifestó la propia Sra. Celestina en su interrogatorio, e incluso añadió que la hija no quiere saber nada de ella. Reconoce, asimismo, en primera instancia, que desde que tiene nueva pareja la hija ha cambiado. Añadió que denunció el hecho ante el Defensor del Menor en Bolivia, quien, a la vista de las manifestaciones de la menor y la documentación aportada por ambas partes, denegó la entrega de la niña a la madre.

Planteada así la cuestión, esta Sala considera que la guarda de la hija común, Socorro , de 13 años de edad en este momento, debe atribuirse al padre, Sr. Apolonio por ser lo más beneficioso para la menor. Está viviendo en Bolivia y ha manifestado que no quiere volver a España ni vivir con su madre. Está escolarizada en aquel país y obviamente, adaptada al mismo. El Defensor del Menor, según refirió la propia Sra. Celestina , tras oír a la preadolescente y analizar la documentación aportada, consideró que el beneficio de Socorro pasaba por permanecer en Bolivia, por lo que la guarda y custodia de la menor debe atribuirse al padre, con estimación de este pedimento del recurso.

CUARTO.- Debe no obstante, establecerse un régimen de visitas maternofilial como forma de salvaguardar y consolidar la relación entre madre e hija, tan importante para la menor en su desarrollo psicoemocional.

Teniendo en cuenta la distancia entre los países de residencia de la Sra. Celestina , que vive en España y de la menor que vive con su padre en Bolivia se acuerda el mismo sistema de visitas que se estableció en la sentencia recurrida por el padre.

QUINTO.- En cuanto a la contribución materna a los alimentos de la hija común, teniendo en cuenta los escasos ingresos de la madre que realiza sustituciones, cuidando personas de tercera edad, según manifestó en su interrogatorio, con unos ingresos variables sobre unos 600 euros al mes, si trabaja todos los días, lo que no ocurre todos los meses, y paga 150 euros por el alquiler de una habitación, entre otros gastos de su propia manutención, mientras que el Sr. Apolonio vive y trabaja en Bolivia, sin acreditar sus ingresos, que no le impidieron viajar a España para el juicio de primera instancia, como también había viajado la actora para visitar a su hijo que vive en aquel país, según reconoció en su interrogatorio, considera esta Sala adecuado que la madre se haga cargo del pago de los billetes de la menor cuando se traslade a este país en cumplimiento del régimen de visitas que se ha acordado.

SEXTO.- Conforme al Art. 398 de la LEC no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedimental, dada la estimación del recurso planteado.

FALLAMOS

Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Apolonio contra la sentencia de fecha dos de agosto de dos mil dieciocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de DIRECCION000 , debemos revocar y revocamos dicha resolución en lo que se refiere a la guarda y custodia de la hija común Socorro , que se atribuye al padre, Sr. Apolonio .



Como régimen de relación maternofilial se acuerda a favor de la madre el que se acordó en la sentencia recurrida para el padre.

Como contribución a los alimentos filiales, la Sra. Celestina asumirá el pago de los billetes de avión de la hija común, cuando se traslade a este país en cumplimiento del régimen de visitas maternofilial.

No se hace expreso pronunciamiento de las costas causadas en el presente recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 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. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Lo acordamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ