



Roj: **SAP B 9622/2019 - ECLI: ES:APB:2019:9622**

Id Cendoj: **08019370122019100480**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **22/07/2019**

Nº de Recurso: **738/2018**

Nº de Resolución: **505/2019**

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.: 0808942120178150001

Recurso de apelación 738/2018 -A1

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Modificación medidas supuesto contencioso 645/2017

Parte recurrente/Solicitante: Inocencia

Procurador/a: RAFAEL TAULERA SALVADOR

Abogado/a: ARTURO GALLARDO MARTINEZ

Parte recurrida: Candido

Procurador/a: MARIA ELENA DE TEMPLE SALINAS

Abogado/a: MIGUEL ANGEL SANCHEZ-JAUREG LAZARO

SENTENCIA N° 505/2019

Magistrados:

Dª Mª Pilar Martín Coscolla

D. José Pascual Ortuño Muñoz (Ponente) Dª María Isabel Tomás García

Barcelona, 22 de julio de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 3 de julio de 2018 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 645/2017 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Rafael Taulera Salvador, en nombre y representación de Dª Inocencia , contra la Sentencia de fecha 23/04/2018, aclarada por Auto de fecha 07/05/2018, y en el que consta como parte apelada la Procuradora Dª Maria Elena De Temple Salinas, en nombre y representación de D. Candido . Y con intervención del Ministerio Fiscal.



SEGUNDO . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Rafael Taulera Salvador, en nombre y representación de DON Candido contra DOÑA Inocencia , y la demanda reconvenicional presentada por DOÑA Inocencia contra DON Candido en solicitud de modificación de medidas, debo declarar y declaro la modificación de la sentencia por la que se modificaran las medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio de fecha 11 de marzo de 2009 , recaída en autos de divorcio contencioso número 32/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de DIRECCION000 en el sentido siguiente: 1) Se fija una pensión de alimentos de 150 € al mes, a favor del hijo común, Plácido , pagadera por meses anticipados, la cual deberá ser ingresada por DON Candido dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe DOÑA Inocencia , actualizable anualmente, a contar desde el uno de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el IPC. Los gastos extraordinarios se satisfarán por mitades entre ambos progenitores, entendiéndose incluidos en todo caso los gastos médicos no cubiertos por el sistema público de salud, así como el resto de gastos extraordinarios consensuados o, en caso de discrepancia, acordados por la autoridad judicial, salvo urgencia.2) 2) No procede atribuir exclusivamente el ejercicio de la patria potestad a la madre en el ámbito educativo. 4) No ha lugar a acordar la falta de consentimiento paterno para viajar con el menor fuera del territorio nacional. 5) En lo no modificado por la presente resolución será de aplicación lo previsto por la sentencia por la que se modificaran las medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio de fecha 11 de marzo de 2009 , recaída en autos de divorcio contencioso número 32/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de DIRECCION000 . No se hace especial imposición de costas." Siendo la parte dispositiva del Auto: "Estimo la petición formulada por la Procuradora MARIA ELENA DE TEMPLE SALINAS de la parte demandante de la parte dispositiva de la resolución dictada en el presente procedimiento con fecha 23 de abril de 2018, en el sentido de que queda definitivamente redactada de la siguiente forma: "Que estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Doña. MARIA ELENA DE TEMPLE SALINAS, en nombre y representación de DON Candido contra DOÑA Inocencia , y desestimando íntegramente la demanda reconvenicional presentada por DOÑA Inocencia contra DON Candido en solicitud de modificación de medidas, (...)"

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 17/07/2019.

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 Derecho de la Sentencia apelada, salvo en lo que se dirá.

PRIMERO . - La sentencia dictada en primera instancia estimó la acción de modificación de medidas reguladoras de las responsabilidades parentales respecto al hijo menor de los litigantes, Plácido (nacido el NUM000 .2006), establecidas en la sentencia de fecha 11.3.2009 en proceso de familia seguido de forma consensuada ante el mismo juzgado , en lo que se refiere a la cuantía de la prestación alimenticia constituida en beneficio del hijo común. Se ha rebajado a 150 € al mes.

Es la parte demandada la que formula el recurso, al entender que ha existido error en la valoración de las pruebas que han motivado la rebaja económica y que, por otra parte, ha desestimado sus pretensiones reconvenionales respecto al ejercicio de la potestad parental.

La parte actora (y ahora apelada), se opone al recurso. Reitera los mismos argumentos de la demanda, especialmente la situación económica en la que se encuentra, y destaca el riesgo de que la madre pueda sustraer al menor ocultándolo en su país de origen.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO .- Con carácter previo a entrar a conocer de los argumentos de los partes se ha de destacar que la acción de modificación de medidas reguladoras del ejercicio de la responsabilidad parental en este caso tiene la peculiaridad de que se parte de la base de la existencia de una sentencia firme, en la cual se homologó el acuerdo alcanzado por las partes, lo que implica que se juzgó, dando preminencia a la voluntad de las partes los hechos que son precedente necesario objeto del debate litigioso del presente proceso.

El procedimiento que prevé el artículo 775 de la LEC , para modificar los efectos por circunstancias sobrevenidas de carácter sustancial que no obedezcan a causas coyunturales, y que tengan un carácter permanente en el tiempo, exige como condición previa que se presenten ante el tribunal por la actora las

circunstancias fácticas que motivaron el primitivo acuerdo puesto que, al no haber existido contradicción en el momento de su adopción, no son notorias ni conocidas por quién ha de realizar el examen comparativo que es la base del enjuiciamiento; en segundo lugar es necesario que se justifique plenamente por la parte que pretende la modificación la alteración de circunstancias.

TERCERO . - El error en la apreciación de las pruebas que alega la parte recurrente exige una nueva valoración renovada en la alzada, de los hechos. En este sentido y, como elementos de hecho relevantes resulta que:

La alegación fundamental de la demanda es que el actor carece de medios económicos suficientes para dar cumplimiento a la obligación que asumió de contribuir a los alimentos del hijo con 200 € mensuales (con los incrementos previstos desde 2009). La única prueba al respecto es que se encuentra inscrito en el servicio de desempleo y que afirma que no trabaja.

Este tribunal ha de discrepar del criterio de la magistrada de primera instancia por cuanto la crítica de este elemento probatorio por la parte recurrente conduce a restarle toda trascendencia de los hechos que alega para los fines que se pretenden en la demanda. En efecto, el argumento de la sentencia para rebajar la cuantía de la pensión es que continúa en desempleo, al igual que cuando firmó el convenio regulador en 2008. De este mismo enunciado se desprende, obviamente, que las circunstancias no han variado y, en consecuencia, no se ha producido la alteración sustancial que el artículo 233-7.1 del CCCat prevé como requisito esencial para que pueda operar una modificación.

Por otra parte, el actor no ha dado explicación alguna de sus medios ni de las fuentes de ingreso que tiene porque, lo cierto, es que consta en el Registro de la Propiedad como propietario de una vivienda en DIRECCION001 , y en el de tráfico como titular de una motocicleta YAMAHA YP125. No explica cómo subsiste ni de dónde obtiene los recursos para mantener al hijo cuando lo tiene en su compañía. Frente a la situación que alega de falta de trabajo opera la presunción judicial del artículo 386 de la LEC de que es joven, nació el NUM001 .1969 y no ha acreditado que padezca limitación alguna física ni psíquica para el trabajo. En la oficina de empleo tiene también periodos en los que no consta como parado. Todo ello hace presumir que su actividad económica existe, aun cuando no sea transparente. La sentencia de primera instancia debería haber considerado que ya cuando se comprometió a pasar 200 € por el convenio regulador estaba en paro sin dar explicación de dónde entonces pensaba sacar el dinero, así como la poca consistencia del mantenimiento de un estado de " *brazos cruzados* " durante once años, en los que ha podido adquirir propiedades. Máxime cuando reside en una población como DIRECCION001 , con una actividad comercial, constructiva, agrícola y turística que tiene un mercado de trabajo amplio, incompatible con la situación que se alega.

La jurisprudencia ha señalado que el ejercicio riguroso de la acción de modificación tiene que incluir la descripción de los medios de vida de quien pretende que se rebaje la prestación alimenticia destinada a hijos menores de edad por su carácter de orden público, puesto que decir que no se trabaja simplemente, no es suficiente.

El recurso debe ser acogido en este extremo aun cuando, al quedar acreditada la consolidación de la madre en su empleo, procede moderar el incremento por IPC de la referida cifra, y fijar la cantidad para lo sucesivo, en 250 € al mes.

CUARTO . - La parte demandada impugna, a su vez, los pronunciamientos de la sentencia relativos al ejercicio de la responsabilidad parental, y a la restricción de que el niño pueda viajar al extranjero.

En cuanto a las incidencias respecto a la conducta del padre respecto a las actividades complementarias que el hijo realiza a la salida de la escuela y, en concreto a la nula colaboración en la realización de trabajos extraescolares (deberes), o en la negativa a que el niño lleve consigo libros de la escuela en los fines de semana en los que está con el padre, la resolución de primera instancia es correcta. De hecho, las estancias del menor con el padre son reducidas en relación a los días en los que está con la madre, y la conducta que se le imputa no ha estado acreditada. No puede por esta causa atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre. No obstante, en la medida en la que el niño vaya asumiendo mayores responsabilidades escolares, la persistencia de esta actitud en el padre podrá ser objeto de un nuevo proceso de modificación en el que se le restrinja el régimen de comunicación y estancias.

Mas la discrepancia esencial que la madre muestra con su apelación es la desestimación de su pretensión reconvenzional de que se elimine la necesidad de autorización paterna para que el niño pueda salir al extranjero. En definitiva, el objeto de discrepancia se concreta en la negativa del padre a dar la autorización que la normativa administrativa y policial prescribe para la expedición del pasaporte que permita la salida al extranjero, por cuanto se precisa el consenso de ambos progenitores.

Las razones que el padre de la menor dio para oponerse judicialmente a lo solicitado por la actora se concretan en el riesgo de secuestro del niño por la madre durante la estancia en un país extranjero. Mal tal riesgo no



lo justifica con indicio alguno, lo que pone de relieve que su oposición es temeraria, sin fundamento, y si fue incluida en el convenio regulador de 18.11.2008 es por cuanto en aquel momento el niño contaba con dos años de edad y la madre, de **nacionalidad** colombiana de origen, no tenía el arraigo en España que actualmente tiene.

A la vista de las pruebas practicadas, en este punto la situación si ha experimentado una alteración sustancial: el niño ya tiene más de doce años, la madre dispone de trabajo estable como limpiadora en un centro hospitalario, dispone de vivienda estable y de un entorno social que permite presumir que el riesgo de retención ilícita o secuestro del menor no existe.

La negativa del padre se formula con notorio abuso de derecho, e incluso es perjudicial para el ejercicio de un derecho del propio hijo a viajar al extranjero y a conocer a su propia familia materna.

Consta que la actora está arraigada en España, dispone de trabajo y vivienda y, por otra parte, se ha considerado que la República de Colombia tiene suscrito el Convenio de La Haya de 1980 y que sus autoridades gubernativas y judiciales prestan habitualmente activa colaboración jurisdiccional con el reino de España en las incidencias que se presentan en estas materias.

En consecuencia con lo anterior, y sin que la parte recurrente haya acreditado en la primera instancia ningún hecho ni indicio que avale su postura, se ha de revocar la sentencia en este extremo, y asignar a la madre la capacidad de realizar por sí misma y sin el concurso ni autorización del padre, la expedición de pasaporte, así como otorgarle plena capacidad para que viaje con el niño al extranjero durante los periodos vacacionales que a ella le corresponde tener al menor. Por otra parte por razones de interés del menor, se acuerda de oficio que si la madre decide viajar a Colombia con el menor, el régimen de estancias del hijo durante los meses de verano será de un mes completo (de los de julio y agosto), siempre que lo notifique al padre con tres meses de antelación.

QUINTO . - La estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada determina que no proceda pronunciamiento especial sobre las costas de esta alzada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398, en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que cada parte pagará las causadas a su instancia.

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

FALLO

Que, estimamos en parte el recurso interpuesto por DOÑA Inocencia, parte demandada, contra la Sentencia de fecha 23 de abril de 2018 del Juzgado de 1ª Instancia nº UNO de DIRECCION000, sobre modificación de medidas reguladoras del ejercicio de la potestad parental establecidas en la primitiva sentencia de 11.3.2009, en el que ha sido parte demandante y apelada DON Candido, con intervención del Ministerio Fiscal; y en su lugar, modificamos las medidas establecidas en los términos siguientes: a) en cuanto a los alimentos ordinarios, cada progenitor atenderá directamente los gastos del hijo cuando lo tenga en su compañía, encargándose de la administración del resto de los capítulos alimenticios de sanidad, vestido y educación la madre, para lo que el padre contribuirá con la cantidad de 250 € mensuales que deberá ingresar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre (y se actualizarán cada primero de año con el IPC del ejercicio anterior, practicándose la primera actualización el primero de enero de 2020); con efectos desde la fecha de la presente resolución; los gastos extraordinarios serán soportados por mitad y los extraescolares en la forma que pacten los progenitores o, subsidiariamente, si no fuese posible el acuerdo en proceso de mediación familiar, mediante decisión judicial dirimente;

En cuanto a costas, no se hace especial declaración por lo que respecta a las devengadas en la sustanciación del recurso; y b) se atribuye la en exclusiva a la madre la facultad de decidir las salidas del menor Plácido (nacido el NUM000.2006), y se atribuye a la misma para que realice cuantas gestiones administrativas y/o policiales sean precisas para la obtención del pasaporte del mismo, sin que sea precisa la autorización paterna; quedando facultada, así mismo, especialmente para llevar consigo al menor a la República de Colombia en los periodos vacacionales que correspondan a la misma que, en caso de que se proponga viajar, se extenderán a un mes íntegro durante el verano (de los de julio y agosto) a su elección, siempre que lo notifique al padre con tres meses de antelación a la fecha de partida, y que quede garantizado que el padre gozará de la tenencia del menor durante otro mes. Para mayor garantía del padre, la señora Inocencia remitirá al padre del menor con al menos quince días de antelación al viaje de ida, copia del billete de avión **de ida y vuelta** para que tenga constancia de la fecha de regreso a España de su hijo.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.



Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDO