



Roj: SAP B 10679/2012  
Id Cendoj: 08019370122012100632  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 12  
Nº de Recurso: 244/2012  
Nº de Resolución: 692/2012  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: JOSE PASCUAL ORTUÑO MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCIÓN Duodécima

ROLLO Nº **244/2012-B**

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 7 BADALONA

GUARDA Y CUSTODIA CONTENCIOSO NÚM. 37/2011

**SENTENCIA Nº 692/12**

Ilmos. Sres.

DON JOSÉ PASCUAL **ORTUÑO MUÑOZ**

DOÑA MYRIAM SAMBOLA CABRER

DON JOAQUÍN BAYO DELGADO

En la ciudad de Barcelona, a veintitres de octubre de dos mil doce

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Duodécima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Guarda y custodia contencioso, número 37/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 7 Badalona, a instancia de D. Daniel , representado por el procurador D. CARLOS TURRADO MARTIN-MORA y dirigido por el letrado D. AMADEO SALA HESS, contra D<sup>a</sup>. Ramona , representada por la procuradora D<sup>a</sup>. MONICA RIBAS RULO y dirigida por la letrada D<sup>a</sup>. JOANA REALES FERNÁNDEZ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud de los recursos de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia dictada en los mismos el día 26 de julio de 2011 y contra los Autos de Aclaración de fecha 7 y 27 de septiembre del mismo año que la sentencia, por el Juez del expresado Juzgado. Habiendo tenido la debida intervención el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Con base a la disolución de la pareja formada por D. Daniel y D.<sup>a</sup> Ramona definitivamente las siguientes medidas:

1.º Atribuyo la guarda y custodia de las hijas menores al padre.

2.º El resto de las funciones de la patria potestad las ostentan ambos progenitores en forma compartida, de tal forma que ambos habrán de actuar de consuno, absteniéndose de adoptar decisiones unilaterales y sometiendo a la decisión judicial las controversias que puedan surgir en el ejercicio de las responsabilidades derivadas de la filiación y, en concreto, sobre las cuestiones relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de la salud de las hijas.

Por lo demás, se insta encarecidamente a ambos progenitores a fin de que aislen a las menores de sus desavenencias y de cualquier cuestión reivindicativa.

3.º Se aprueba el siguiente régimen de comunicación paterno-filial:

a) Durante el curso escolar:

La madre podrá estar en compañía de sus hijas los periodos en que las menores disfruten de sus descansos escolares. Concretamente:

La semana vacacional de febrero (coincidente, de forma aproximada, con la última semana del mes).

La semana vacacional de junio (coincidente, de forma aproximada, con la primera semana del mes).

La semana vacacional de octubre (coincidente, de forma aproximada, con la última semana del mes).

D. Daniel costeará los gastos de traslado de las menores a España.

b) Vacaciones escolares:

La madre podrá estar en compañía de sus hijas los periodos en que las menores disfruten de sus vacaciones escolares. Concretamente:

Semana Santa (desde que finalicen las clases o sábado anterior al lunes Santo hasta el domingo Santo).

Verano (del 1 al 25 de agosto).

Navidad (una de las dos semanas de las vacaciones navideñas, correspondiendo la primera a la madre en los años impares y al padre en los pares).

D.ª Ramona costeará los gastos de traslado de las menores a España o los suyos propios para el caso de que disfrute de la compañía de las niñas en Inglaterra.

En cualquier caso, durante la primera semana de cada curso escolar el padre deberá comunicar a la madre el calendario escolar de las niñas.

4.º La contribución a los alimentos de las hijas comunes es proporcional a los ingresos de cada uno de los progenitores y al tener encomendada el padre la guarda y custodia de las hijas, será quien administre sus necesidades económicas para lo que la madre contribuirá con la cantidad mensual de 450 euros mensuales, con efectos para el próximo mes de septiembre.

No obstante lo anterior, si el padre cobrara una ayuda del Gobierno inglés en concepto de hijos a cargo por un importe aproximado de 500 euros mensuales, la madre pasará a abonar exclusivamente la cantidad de 200 euros mensuales. Si la cifra subvencionada fuera realmente distinta a la que se ha indicado con de modo orientativo, se detraerá de la cantidad de 900 euros (cantidad en la que se han cifrado los gastos de las menores) y la diferencia será abonada entre ambos progenitores, de tal forma que la madre abone únicamente la mitad de dicha cantidad resultante.

En cualquier caso, la cantidad que resulte debe ser ingresada entre los días 1 y 5 de cada mes en la cuenta bancaria designada por el padre.

La cantidad consignada deberá ser actualizada, sin necesidad de requerimiento previo, por el obligado al pago, cada primero de año, en la misma proporción que experimente la variación del IPC del ejercicio anterior.

Los gastos sanitarios de carácter extraordinario no cubiertos por la Seguridad Social, así como los gastos escolares igualmente extraordinarios, en los términos previstos en el anterior fundamento de derecho cuarto, deberán ser sufragados por ambos progenitores por mitad.

Todo ello sin hacer pronunciamiento expreso de las costas..".

Siendo la parte dispositiva del Auto de 7 de septiembre de 2011 la siguiente: "ACUERDO: Se rectifica la sentencia, de 26 de julio de 2011, en sentido de que donde se dice "procedimiento de ejecución número...", debe decir procedimiento de ejecución número 1057/11-6ª." Esta resolución forma parte de la 546/11 de fecha 26 de julio de 2011."

Siendo la parte dispositiva del Auto de 27 de septiembre de 2011 la siguiente: "DISPONGO no haber lugar a completar la sentencia dictada en las presentes actuaciones por este Juzgado el pasado 26 de julio de 2011 ( autos 37/11 -1ª) en los términos interesados por la parte actora pero sí a aclarar que: -La previsión que se lleva a cabo en la sentencia acerca del coste de los desplazamientos de las menores (fundamento de derecho tercero y tercer pronunciamiento del fallo) se especifica y concreta para el supuesto que contempla y queda al margen de la regulación o previsión establecida para los gastos extraordinarios en el fundamento cuarto y en el pronunciamiento cuarto del fallo. -En su caso, el coste que suponga el trabajo terapéutico de

las menores correrá a cargo del Sr. Daniel , por los motivos expuestos en el anterior fundamento de derecho tercero."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes mediante sus escritos motivados, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 4 de octubre de 2012.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. 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.-** Se ha seguido procedimiento especial de familia, con el objeto de regular la responsabilidad parental respecto de las tres hijas menores de edad nacidas de la unión estable de pareja de los litigantes, Begoña (nacida el NUM000 .1996), Gloria (nacida el NUM001 .1997) y Reyes (nacida el NUM002 .2002). Demandante y demandada han mantenido una relación de convivencia estable no matrimonial durante varios años con residencias sucesivas en España e Inglaterra. Cuando se produjo la ruptura familiar las tres hijas quedaron bajo la custodia de la madre que vivió con ellas en el Reino Unido, hasta que se trasladó con las hijas a Barcelona donde escolarizó a las menores sin que el actor formulase oposición a dicho traslado ni cuestionara en ningún momento la competencia de los tribunales españoles, a los que expresamente se sometió con interposición de la presente demanda. Las tres menores disponen de la doble nacionalidad española e inglesa.

La separación de los progenitores está consolidada desde hace años disponiendo cada uno de los litigantes de su propio domicilio (el actor en Broadstairs, condado de Kent en el Reino Unido, y la demandada en Badalona), ambos conviven con nuevas parejas. La demandada ha tenido en fecha reciente un hijo de su nueva unión.

Después del traslado de la madre con las hijas a España surgieron problemas de convivencia, que tuvieron su base esencial en el desarraigo de las dos hijas mayores a la nueva residencia y su deseo de regresar a Inglaterra, constanding que existen unos especiales vínculos de apego con el padre. De hecho la madre aceptó que estas dos hijas regresaran con el padre, mientras con ella se mantuvo la hija menor.

Habiéndose producido controversias entre los progenitores respecto al ejercicio de la responsabilidad parental, el padre formuló demanda para la resolución de las mismas que dio origen al presente proceso en el que el tribunal de primera instancia estableció las medidas reguladoras de las relaciones familiares que han quedado transcritas en los antecedentes, mediante la sentencia de 26.7.2011 , que es objeto del recurso formulado ante este tribunal de apelación.

La sentencia de primera instancia ha atribuido la custodia de las tres hijas al padre y ha regulado el ejercicio del régimen de comunicación y estancias de las mismas con la madre, así como la distribución de las obligaciones alimenticias, los gastos de desplazamiento y demás reglas posibilitadoras del ejercicio conjunto de las obligaciones parentales.

Las dos partes han formulado recurso contra los pronunciamientos de la sentencia. La representación de la parte demandada solicita que se atribuya a la madre la custodia sobre la hija menor, Reyes , que pasaría a convivir con ella en España, e interesa que se regulen el resto de las medidas, especialmente las relativas a las visitas y desplazamientos de las dos hijas menores que quedan con el padre. La representación del actor solicita que se regule de forma diferente el reparto de los periodos vacacionales en los que se le ha privado en la práctica de estar con las hijas, que se distribuyan igualitariamente los gastos de viaje y que se suprima la medida de seguimiento que se ha adoptado para la fase de ejecución de la sentencia.

**SEGUNDO.-** Corresponde a los tribunales comprobar de oficio su propia competencia internacional a tenor de lo que establece el artículo 769.4 de la LEC . En aplicación de lo que establecen los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE ) 2201/2003, la competencia para conocer de este litigio que se sigue entre un padre residente en el Reino Unido y una madre que reside en España corresponde a los tribunales españoles, por haber radicado en España el último domicilio habitual de las menores como así lo entendió la parte actora al interponer la demanda ante el tribunal español (que coincide con el de la residencia actual de la demandada).

El derecho aplicable en cuanto al régimen de custodia y a las relaciones personales en el caso de autos es también el de la residencia habitual de las menores, como disponen los artículos 15 y 16 del Convenio de La Haya de 19.10.1996 ratificado por la Decisión Común de la UE nº 2003/1999. En materia de alimentos la ley es también la española por haber entrado en vigor el Protocolo de la Haya de 23.11.2007 sobre las obligaciones alimenticias al que se refiere el Reglamento (CE) nº 4/2009.

Al haberse interpuesto la demanda en el mes de enero de 2011, la norma aplicable es la regulación de las relaciones parentales por el Código Civil de Catalunya por ser éste ámbito el de la vecindad civil común de las menores con la madre, en aplicación de lo que establece el artículo 16 1ª del Código Civil español.

**TERCERO.-** El primer pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que ha de examinarse es el relativo a la atribución de la custodia de la hija menor Reyes al padre. La madre impugna esta medida por entender que los vínculos de apego de la niña son más fuertes con ella que con el padre, e invoca el informe psicosocial emitido por los equipos técnicos del SATAF que aconsejan que la niña quede con la madre, a pesar de que ello significa separarla de las dos hermanas mayores. El informe referido añade el argumento de que, de esta forma, se garantiza el intercambio y las visitas de las hijas mayores con la madre que, en otro caso, corren el riesgo de quedar interrumpidas por la actitud de las hijas mayores que es reticente a estar con la madre.

La sentencia de primera instancia analiza en profundidad los argumentos de ambas partes, el informe psicológico emitido, y las diferentes opciones que se presentan y, en decisión correctamente motivada, concluye que ha alcanzado la convicción de que el interés de las tres menores es el de permanecer juntas, atribuyendo la custodia de todas ellas al padre con un régimen amplio de visitas para la madre.

Con el recurso interpuesto la recurrente no desvirtúa la fundamentación de la decisión. Insiste en hacer valer la recomendación del dictamen del SATAF y en los deseos de la niña.

Tras sopesar las circunstancias concurrentes este tribunal es del criterio de mantener la decisión de primera instancia en este punto. Sin desvalorizar las capacidades y aptitudes de la madre ni los fuertes vínculos de la niña con el entorno materno, lo cierto es que también existen en la misma medida con el núcleo familiar paterno y, a juicio del tribunal, se ha de sopesar la circunstancia de los cambios de entorno que esta niña ha soportado desde su nacimiento debido a la mutante decisión de sus progenitores de residir en España o en el Reino Unido, sucesivamente, para regresar de nuevo a España por la decisión materna, y regresar a Kent como consecuencia de la sentencia de primera instancia. Una vez que se ha iniciado la escolarización de la menor es aconsejable mantener la estabilidad de su proceso formativo, lo que no implica que deba quedar garantizada la más amplia relación de la madre con la niña. Por otra parte, los vínculos con sus hermanas mayores han de ser valorados positivamente, sin que exista ningún indicio probatorio respecto a que el sistema que ha establecido la sentencia de primera instancia sea perjudicial para la menor, puesto que el incidente de las autolesiones que se ha aportado como hecho nuevo durante la sustanciación de la apelación, ha quedado delimitado a una acción muy puntual, aislada y sin la gravedad que habría podido tener. La niña, evidentemente, requería la atención de sus progenitores para que cesaran en la pugna que mantienen y alcanzaran un consenso que permitiera la instauración de una relación dual pacificada con ambos progenitores.

Los artículos 236-8 y 236-11 del CCCat imponen a los padres la obligación de cuidado de los hijos, responsabilidad que ha de ser ejercida por ambos conjuntamente en beneficio e interés de los menores. Al vivir separados las funciones de guarda han de ser ejercidas por aquel progenitor que, en cada momento los tenga en su compañía y bajo su cuidado, procurando el mayor bienestar para los mismos. En el caso de que surgieran desacuerdos y no pudieran ser resueltos por consenso o por procedimientos de mediación familiar, habrán de someter la decisión del mismo a la autoridad judicial, tal como establecen los artículos 236.13 del referido texto legal .

Se debe valorar también que la actitud del padre ha sido siempre muy respetuosa con las decisiones de la madre, puesto que pudo reaccionar con más contundencia frente a la decisión unilateral de la demandada de cambiar la residencia a España instando de los tribunales ingleses (entonces competentes) con carácter inmediato las medidas oportunas, y sin embargo esperó para ver si la decisión de la madre de sus hijos era acertada y sólo accionó cuando, transcurrido un tiempo prudencial, las hijas mayores insistían en regresar a Inglaterra. Por otra parte el actor ha favorecido las relaciones personales entre la madre y las tres hijas, colaborando en solucionar las resistencias de las dos mayores a relacionarse con la madre e, incluso, adelantando el dinero que la demandada debía aportar para que fueran posibles los desplazamientos de las hijas en los periodos vacacionales.

A pesar de la ruptura de la relación de pareja se ha constatado que los dos progenitores tienen la capacidad y la predisposición de mantener una relación respetuosa y colaboradora entre ellos en beneficio de sus hijas, lo que debe ser destacado por este tribunal por tratarse de un esfuerzo compartido que contribuye enormemente a la estabilidad de las hijas.

En consecuencia con lo anterior, el primer motivo del recurso de la demandada debe ser desestimado.

**CUARTO** .- Coinciden ambos apelantes en que se revise en la alzada la modalidad del régimen de relación entre la madre y las hijas, las estancias de las mismas con la madre y el reparto de los periodos vacacionales. La sentencia distingue de forma coherente con las pretensiones de las partes y las circunstancias existentes entre los periodos de escolaridad y los vacacionales e impone al padre la obligación de notificar a la madre cada principio del curso el calendario escolar con las vacaciones resultantes. Esta decisión es correcta, si bien debe completarse con el apercibimiento a ambos litigantes para que, una vez conocido el calendario, realicen un esfuerzo negociador para la concreción cada año de los viajes de las hijas y de las estancias con la madre puesto que, de lo contrario, la concreción en la sentencia de los periodos no podrá ajustarse con las necesidades y las posibilidades, incluso económicas, de los progenitores.

El régimen de visitas establecido, con seis o siete desplazamientos entre UK y España cada año, conlleva unos gastos que resultan enormemente gravosos para las economías de los progenitores y que no contemplan, entre otras cosas, que la demandada ha de atender al hijo habido de la nueva unión, o a los calendarios de trabajo de los progenitores.

Por lo que se refiere a los gastos, ha quedado acreditado que ambos litigantes cuentan con ingresos derivados de sus respectivos trabajos, aun cuando la señora Ramona que tiene titulación como fisioterapeuta ha tenido que realizar otros oficios, como el de cocinera, para sobrevivir. El actor, por su parte, trabaja en el sector ferroviario, dispone de unos ingresos medios, y aun cuando sus horarios son cambiantes cuenta con la asistencia de su propia madre.

La resolución impugnada atribuye a la madre la práctica totalidad de los periodos vacacionales, lo que es impugnado por el padre que también desea estar con sus hijas fuera de los periodos escolares en petición que debe acogerse, aun cuando ha de compaginarse con el hecho de que habitualmente las hijas residen con él.

Para encontrar una medida adecuada se ha de insistir de nuevo en la necesidad de la búsqueda de un consenso entre los progenitores. Mas, subsidiariamente y para el caso de que no exista acuerdo (que necesariamente deberá estar documentado), se ha de modificar el reparto de las vacaciones en el sentido de atribuir a la madre 2/3 de las vacaciones escolares de navidad y verano (correspondiéndole el primer periodo en los años impares y el segundo en los pares, y las vacaciones de semana santa completas. Los desplazamientos para tales periodos deberán ser sufragados por ambos progenitores de forma alterna, en el sentido de que el primero que se produzca tras la notificación de esta sentencia (navidad del 2012) será pagado por la madre, el siguiente (semana santa 2013) por el padre y así sucesivamente. Durante el curso escolar la madre podrá visitar a las hijas en el Reino Unido y tenerlas en su compañía un fin de semana en los meses de octubre, febrero y mayo (en el caso de que las hijas tuvieran vacaciones escolares en los referidos meses se sustituirá el fin de semana por el correspondiente periodo vacacional). En tales periodos la madre podrá optar por trasladarse al Reino Unido y recogerlas en el domicilio paterno, o por que se desplacen a España, siempre que les facilite el transporte. Las visitas durante el curso escolar precisarán de la fehaciente notificación por la madre al padre con un mes mínimo de antelación.

La distribución de los gastos extraordinarios que realiza la sentencia de primera instancia (entendiendo por éstos los que son necesarios e imprevisibles) han de ser atendidos por mitad y los de naturaleza extraescolar necesitarán el consentimiento de ambos o decisión judicial dirimente: se rechaza la impugnación de la representación del padre a que el pago de la terapia que han debido seguir las hijas tenga consideración de gasto extraordinario, puesto que se trata de un gasto previsto y resuelto por la decisión judicial de forma coherente con las posibilidades de ambos progenitores, habida cuenta de la cobertura socio sanitaria con la que cuenta el padre.

Por lo que se refiere al informe de seguimiento del régimen de comunicación que es impugnado por la representación del actor, es de consignar que no se trata de una ejecución forzosa derivada de un eventual incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la ejecución, sino de una medida típica del proceso de familia que se prevé en los artículos 233-13.1 y 236-3 del CCCat y que puede ser adoptada por los tribunales de oficio o a instancia de parte o del ministerio fiscal, en interés de los menores ex artículo 211-6 CCCat en relación con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección del menor.

La medida adoptada en este caso carece ya de objeto, al haber transcurrido en exceso el término previsto para la realización del seguimiento y sin perjuicio de que el juzgado de primera instancia, por solicitud de cualquiera de las partes, pueda acordarla nuevamente impetrando, si fuera necesario, el auxilio internacional mediante la actuación de los servicios sociales internacionales.

**QUINTO.-** La estimación parcial de los recursos implica que no proceda especial declaración sobre costas causadas en esta alzada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

## FALLAMOS

Que, estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por el señor Daniel (actr) y por DOÑA Ramona (demandada), contra la Sentencia de fecha 26.7.2011 , y Autos aclaratorios de 7 y 27 de septiembre 2011, del Juzgado de Primera Instancia nº SIETE DE BADALONA, (autos 37/2011), en el que ha intervenido el Ministerio Fiscal en defensa del interés de las menores, debemos revocar y revocamos en parte dicha resolución impugnada, únicamente en lo relativo al pronunciamiento sobre la concreción del régimen de comunicación materno filial, que se modifica, y en defecto de acuerdo entre los progenitores, será A) Durante el curso escolar la madre podrá visitar a las hijas en el Reino Unido y tenerlas en su compañía un fin de semana en los meses de octubre, febrero y mayo (en el caso de que las hijas tuvieran vacaciones escolares en los referidos meses se sustituirá el fin de semana por el correspondiente periodo vacacional). En tales periodos la madre podrá optar por trasladarse al Reino Unido y recogerlas en el domicilio paterno, o por que se desplacen a España, siempre que les facilite el transporte. Las visitas durante el curso escolar precisarán de la fehaciente notificación por la madre al padre con un mes mínimo de antelación; B) En los periodos vacacionales, atribuir a la madre 2/3 de las vacaciones escolares de navidad y verano (correspondiéndole el primer periodo en los años impares y el segundo en los pares, y las vacaciones de semana santa completas. Los desplazamientos para tales periodos deberán ser sufragados por ambos progenitores de forma alterna, en el sentido de que el primero que se produzca tras la notificación de esta sentencia (navidad del 2012) será pagado por la madre, el siguiente (semana santa 2013) por el padre y así sucesivamente; y C) En cuanto al sistema de comunicaciones habituales durante las estancias con uno y otro progenitor, ambos han de facilitar con el otro la más favorable y fluida comunicación por medio del teléfono o las herramientas informáticas habituales; SE CONFIRMA la sentencia de primera instancia en cuanto al resto de sus pronunciamiento No se imponen las costas a ninguna de las partes.

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.

Y firme que sea 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.

**PUBLICACIÓN.-** En este día, y 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.