

Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Tarragona
Sección: 1
N.º de Recurso: 285/2013
N.º de Resolución: 399/2013
Ponente: ANTONIO CARRIL PAN

En Tarragona, a 18 de octubre de 2013.

Visto ante la Sección 1.ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por Justiniano, representado por el Procurador Sr. Recuero y defendido por el Letrado Sr. Prieto, derivado del procedimiento Modificación de Medidas 149/2012 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Valls, al que se opusieron Palmira, representada por la Procuradora Sra. Gavalda y defendida por el Letrado Sr. Pascual Lario, y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la sentencia recurrida; y PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene la siguiente parte dispositiva:

"Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Fermín en nombre y representación de D.ª Palmira y acordar las siguientes modificaciones de medidas definitivas establecidas en sentencia de este Juzgado de fecha 7 de mayo de 2009 en procedimiento de divorcio 564/2008:

1.-[Guarda compartida](#) por semanas desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente al comienzo de las clases sin tener en cuenta festivos ni puentes.

En caso de que el lunes no haya clase se entregará a Pol el lunes a la misma hora en el domicilio del progenitor a quien corresponda la guarda.

2. Períodos vacacionales a dividir por mitad comenzando el período del último día lectivo a la salida de las clases y finalizando el período el día mismo de comienzo de las clases, teniendo presente que a partir de esta resolución la entrega de Pol ya no se verifica siempre en casa del padre sino en el domicilio del progenitor a quien corresponda la segunda mitad.

En lo tocante al periodo vacacional de verano, se modifica en el sentido de dividir por periodos mensuales julio y agosto de suerte que julio será para uno y agosto para el otro, y el resto del tiempo por mitad de la misma forma que se especificó en el apartado anterior, y manteniendo el criterio de que elige los años pares el padre y los impares la madre.

3. En las vacaciones de Navidad y verano que le correspondan a la demandante podrá viajar con Pol a Polonia sin contar con el consentimiento paterno y con la única condición de comunicar un mes antes al Juzgado, previo traslado al demandado y a los solos efectos informativos sin que pueda oponerse, de las fechas de viaje, salida y regreso con justificación documental de la reserva efectuada y con indicación de dirección y número de teléfono al que se puede dirigir el padre. Excepcionalmente y dado que se aproximan las vacaciones de Navidad y no puede cumplimentar la Sra. Palmira el mandato de comunicación con la antelación de un mes, se concede a la demandante un plazo de 3 días desde la notificación de esta sentencia para que aporte la información necesaria sobre el viaje a Polonia de la forma indicada anteriormente.

En caso de incumplimiento de este mandato, se apercibe a la Sra. Palmira de que puede incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, sin perjuicio de que pueda comportarle perjuicios posteriores en el disfrute de las vacaciones de Pol.

Para el resto de viajes al extranjero, de fin de semana o en otros períodos vacacionales que la demandante disfrute con Pol podrá efectuar cuantos considere, comunicando al padre la semana anterior a su disfrute el lugar de viaje, comunicación que se entregará en mano y por escrito a la tutora de Pol cuando se devuelva al menor el lunes por la mañana para que ésta lo entregue al otro progenitor, salvo que no haya clase en cuyo caso se comunicará verbalmente entre ellos en la entrega de Pol con la misma antelación.

Durante la estancia se facilitará siempre la comunicación con el otro progenitor.

4.- Cada progenitor entregará a Pol cada semana con toda su documentación levantándose la prohibición de expedición de pasaporte.

5.-Imposibilidad de cambio de residencia de un progenitor si afecta al cumplimiento del régimen de guarda y en todo caso el que desee cambiar que lo haga con comunicación al otro progenitor con concesión de plazo de 30 días para que manifieste lo que estime oportuno y se decidirá por la autoridad judicial En lo no modificado y en todas aquellas cuestiones no sometidas a decisión en esta resolución, seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en la sentencia de divorcio. No se imponen las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por Justiniano, en base a las alegaciones que son de ver en los escritos presentados.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes personadas del recurso presentado para que formularan adhesión o se opusieran al mismo, por Palmira y el Ministerio Fiscal se interesó la desestimación del recurso.

CUARTO.- En la tramitación de ambas instancias del procedimiento se han observado las normas legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **D. Antonio Carril Pan.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La apelación se alza contra la sentencia que estimó la demanda de modificación de medidas derivadas del divorcio referida al régimen de guarda de un menor, hijo de los litigantes, y lo hace invocando la **falta de los requisitos de procedibilidad** de la demanda inicial por no haber aportado **plan de Parentalidad** y por no haber acudido con carácter previo a la mediación, y error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la exigencia del **plan de Parentalidad** como requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda de modificación de medias, alegación que se ampara en los autos de 7 y 8/2/2012 de la **Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona**, debemos señalar que el Preámbulo de la Llei 25/2010 señala que: *toda propuesta de los progenitores sobre la responsabilidad de los mismos sobre los hijos debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto de la guarda, el cuidado y educación de los hijos.*

Esa expresiones parecer hacer referencia o presumir **un plan común**, y a ello también induce la continuación del Preámbulo, en el que se señala que sin imponer modalidad concreta de organización, *se alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por si mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura*, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten, añadiendo seguidamente que en esa tareas se facilita la colaboración de los distintos profesionales para una actuación focalizado en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda, *expresando el legislador que su voluntad es favorecer los acuerdos.*

De todo ello parece derivarse que en el pensamiento del legislador estaba **el plan de Parentalidad como acuerdo de los progenitores y no como documento unilateral de cada uno de ellos.**

Esa misma incertidumbre se reproduce en el caso de las demandas de nulidad, separación o divorcio a tenor de lo dispuesto en **el art. 233-2**, que parece remitir la exigencia a los supuestos de mutuo acuerdo ubicando el **plan de Parentalidad** dentro del convenio, mientras que **el art. 233-8.2** del CCC dispone que los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de **plan de Parentalidad**, lo que parece extender la exigencia también a los supuestos contenciosos, al tiempo que **el 233-10** permite sostener que el **plan de Parentalidad** solo es preciso en el caso de acuerdo pero no si la demanda es contenciosa, pues en su párrafo primero señala que la guarda se ejercerá de la forma convenida por los cónyuges en el **plan de Parentalidad**, y en el 2º se dispone que si no existe acuerdo o el mismo no es aprobado, la autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda, lo que permite

sostener que si el acuerdo está excluido desde el inicio **el plan de Parentalidad** no sería exigible, si bien es cierto que la incertidumbre vuelve al amparo **del art. 233-11**, establece que para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, es preciso tener en cuenta las propuestas de **plan de Parentalidad**.

Por el contrario no se presenta esa incertidumbre en el caso de las demandas de modificación de medidas, respecto de las que la omisión de la mención en todos los referidos artículos y la omisión de referencia **al plan de Parentalidad** en **el art 233- 7**, relativo a la modificación de las medidas, nos lleva a rechazar su exigencia para estas demandas, máxime cuando las mismas o son puntuales o van dirigidas a la modificación de medidas de guarda para cuya adopción ya se partió de **un plan de Parentalidad**, siendo de destacar que los mismos autos referidos no llevan a la inadmisibilidad de la demanda pretendida por el apelante sino a la concesión a la parte que omitió el plan de la oportunidad de subsanar la misma.

Por lo que se refiera a **la exigencia de remitir a las partes a la mediación previa**, se rechaza, ya que tal exigencia no se encuentra ni en el CCC, cuyo **art 233-6** destaca **el principio de voluntariedad como rector de la mediación**, ni en la Llei de Mediación, en la que también se destaca el carácter voluntario de la misma, **reconociéndose a los órganos judiciales únicamente la posibilidad de remitir a las partes a una sesión informativa, pero sin posibilidad de imponerla**.

TERCERO.- Invoca la apelación que no concurre el supuesto para la modificación de las medidas adoptadas, dado que **no se han producido variaciones sustanciales** de las circunstancias concurrentes en el momento en que se dictaron, destacando que **el mero transcurso del corto espacio de tiempo discurrido entre la firmeza de la sentencia de divorcio**, que tuvo lugar a raíz de la sentencia de apelación dictada el 3/12/2010, y la presentación de la demanda de modificación, no lo es, como tampoco **los criterios personales de la juzgadora, que exceden su competencia al fundamentar la modificación no en hecho nuevos sino en una nueva valoración de los hechos concurrentes en la sentencia de divorcio, siendo que la apelada tiene las mismas circunstancias y que la sentencia fue convenida**.

Para resolver conviene señalar que **la modificación de medidas no tiene ni límites de demanda ni exigencia de tiempo para poder plantearse**, a lo que se añade que si la misma se refiere a la guarda de un menor, el orden público y el interés superior del mimos relegan a segundo término la exigencia de la variación de circunstancias concurrentes, es decir basta acreditar que lo que se solicita responde en **la actualidad más al interés superior del menor que lo acordado con anterioridad para que se pueda proceder a la modificación**, lo que se convierte en obligación dado el deber protector de los menores que incumbe a los jueces y miembros del Ministerio Fiscal. Partiendo de ello se impone del rechaza del motivo, procediendo comprobar si las variaciones solicitadas se corresponden o no al interés superior del menor.

CUARTO.- Pretende la apelación que se deje sin efecto la variación de los periodos de vacaciones de verano efectuada en la sentencia de instancia regresando al de 15 días alternos en lugar de los de meses completos, para lo que alega que no hay motivo para la modificación, que el menor está acostumbrado a ver a sus padres todas las semanas, que hay dificultades de comunicación con el hijo cuando esta con el otro progenitores, que estar más de un mes sin comunicarse es contrario al interés del menor, que la madre no dispone de todo un mes, que el viaje a Polonia solo dura 3 horas.

Para dar solución a una cuestión que demuestra la escasa capacidad de los progenitores para resolver los problemas más simples del cuidado de los hijos y la falta de buena disposición para entenderse y comprende que **el interés superior del menor exige que las relaciones de sus progenitores sea, cuando menos, pacíficas y racionales y no constituyan un enfrentamiento continuo al cual el menor difícilmente puede sustraerse y con cuyos episodios inevitablemente sufre**, por lo

que siendo manifiesto que la pretensión de la demandante, en parte inducida por las manifestaciones vertidas en los autos dictados en la ejecuciones instadas, responde a que su deseo razonable es poder pasar sus vacaciones en su país de origen y con su familia natural, lo que, aunque el viaje suponga tan solo, a criterio del apelante, 3 horas, implica un largo desplazamiento en distancia, con complejos preparativos y cuantiosos gastos, lo que justifica que la estancias se procuren lo más amplias posibles, lo que redundaría no solo en reducir los gastos sino en aumentar el tiempo de estancia para facilitar al máximo la relaciones familiares, y teniendo en consideración que el menor será el primer favorecido al incrementarse sus relaciones no solo familiares y el conocimiento de nuevos ámbitos físicos y sociales, así como el conocimiento y dominio de otras lenguas, y que se trata de un niño que en la actualidad tiene 6 años, lo que implica una mayor capacidad de comprensión y de adaptación a las variaciones que cuando con 3 años, al principio de la ruptura de sus padre, se planteó la posibilidad de ser trasladado por su madre a Polonia, peligro hoy en día superado no ya por la existencia de convenios comunitarios que pone conto a los traslados ilegales, sino por el arraigo de la madre en España, la solicitud de variación del periodo de vacaciones aparece justificado, careciendo de entidad las objeciones de la parte apelante, que más parecen responder a un propósito de obstrucción irracional que a impedimentos de peso, pues entre 15 días y un mes la diferencia es escasa, a parte que **no por ver mucho y de forma continuada a sus padres el menor está más atendido**, pues ello no depende del tiempo si no de la atención que los mismos le presten, a parte que el transcurso del mes se compensa con otro periodo idéntico del otro progenitor, en el que podrá satisfacer a su hijo de todas las añoranzas sufridas, si eso es lo que verdaderamente preocupa al apelante, siendo de recordar que el referido periodo de tiempo es el que habitualmente señalaban los órganos judiciales sin que se sepa de traumas a los menores, que si se produjeran también ocasionarían la adecuación pertinente una vez ello acreditado, pero no por un temor infundado que entorpecen y dificultan y no sirven sino para motivos de discusión por defectos de los progenitores y no por el interés del menor, por todo lo que se impone el rechazo del motivo.

QUINTO.- Pretende la apelación que la estancia del menor con el guardador se extienda a los festivos y puentes que se produzcan al final del periodo de estancia con uno de los progenitores, invocando que ello facilitaría la realización de actividades lúdicas.

La pretensión, que se rechaza por la Juez **a quo** por considerar su exclusión como más equitativa, es aceptada, pues, sin llegar a comprender en qué consiste la mayor equidad de una regla de distribución igualitaria, resulta razonable que el festivo inmediato a la finalización del periodo de estancia pueda ser contemplada por el custodio como ocasión y motivo de realización de una actuación extraordinaria, lo que siempre redundará en beneficio del menor y de sus posibilidades de disfrutar de ella en compañía de sus progenitores, sin que ello pueda redundar en perjuicio del otro, pues él también se beneficiará con el mismo sistema, al tiempo que lo decisivo es que el menor pueda verse favorecido y no que los padres lo deseen o se opongan a ello desde el punto de vista de sus meros deseos.

Por el contrario no se extiende a los puentes la medida, pues ello trastocaría en demasía la distribución del tiempos de alterne, sin perjuicio de que esa posibilidad debiere ser afrontada por el acuerdo de [los progenitores anteponiendo a sus deseos el interés del menor, que es una persona con derechos y deseos, y no una propiedad de los padres.](#)

SEXTO.- Pretende el recurso que se deje sin efecto la obligación de cada progenitor de entregar al menor cada semana con toda su documentación, levantándose la prohibición de expedición de pasaporte.

El motivo se rechaza dado que tratándose de la documentación del menor la misma ha de seguir a su titular y estar a su alcance para poder servirse de ella cuando lo precise, y por lo que se refiere a la prohibición de expedir el pasaporte cabe pensar que ello afectaba a la madre en atención a un riesgo en su día contemplado como posible pero hoy en día no acreditado, por lo que la referida restricción a uno y no al otros atenta contra el principio de igualdad y resulta inadmisibile.

SEPTIMO.- Se pretende que la comunicación de los viajes al extranjero por parte de la apelada con su hijo se comunique directamente al Sr. Justiniano y no a través de la tutora del menor.

La pretensión es de recibo, pues no cabe involucrar a un 3º sin su consentimiento en el cumplimiento de una obligación impuesta a los litigantes, por lo que la comunicación deberá hacerse directamente al padre por escrito o medio que deje constancia y con 1 semana de antelación.

Se ha de tener en cuenta que la misma obligación afecta a ambos progenitores.

OCTAVO.- Se pretende la supresión del fallo de la sentencia recurrida de la referencia a la prohibición de cambio de residencia sin consentimiento del otro cónyuge o de la autorización judicial.

La pretensión se rechaza, dado que tratándose de la mera expresión de lo dispuesto en **el art. 236-11.6 del CCC** no causa gravamen alguno al recurrente, por lo que el mismo carece de interés para recurrir conforme **al art 448** de la LEC.

NOVENO.- Debemos recordar, ante la omisión observada en la sentencia recurrida y en otros autos del mismo juzgado obrantes en el procedimiento, que las sentencias y autos habrán de expresar el nombre del Juez o Magistrado que las dicte como un requisito legalmente exigido por el art. 208.3 de la LEC, al tiempo que **las mismas no expresan el criterio u opinión de su autor sino la voluntad del legislador manifestada a través de la ley.**

DECIMO.- Que la estimación en parte de la pretensión planteada obliga a no hacer imposición de costas por disposición del art. 398 de la L.Enj.Civil.

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

FALLAMOS:

Que declaramos HABER LUGAR en parte a la apelación interpuesta por Justiniano contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2012, por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Valls cuya resolución revocamos en parte, y en consecuencia:

- 1.º) La estancia del menor con cada guardador se extiende a los festivos que se produzcan al final del periodo de estancia con uno de los progenitores
- 2.º) La comunicación de los viajes del menor deberá hacerse directamente al progenitor con el que no viaje, por escrito o medio que deje constancia y con una semana de antelación.
- 3.º) Sin hacer imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo acordamos, mandamos y firmamos.