



Roj: SAP B 13780/2014 - ECLI:ES:APB:2014:13780  
Id Cendoj: 08019370182014100786  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 18  
Nº de Recurso: 962/2013  
Nº de Resolución: 825/2014  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE  
Tipo de Resolución: Sentencia

**SENTENCIA N. 825/2014**

Barcelona, 10 de Diciembre de 2014

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados

D. Francisco Javier Pereda Gámez

D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Dolores Viñas Maestre (Ponente)

D<sup>a</sup>. Elena Farre Trepas

**Rollo 962/2013**

Modificación de Medidas n. 172/2012

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 14 Barcelona

Apelante: Fausto

Abogada: Isabel Balada Asensio

Procurador: Raúl González González

Apelada: Agustina

Abogado: Fernan Josa García Tornel

Procuradora: Laura de manuel Tomas

Y el Ministerio Fiscal

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 21-1-2013 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando integralmente la demanda sobre modificación de medidas reguladoras de la crisis matrimonial, promovida por Fausto , debo mantener las medidas referentes al hijo común Carlos Manuel establecidas en la sentencia dictada en el procedimiento nº 172/2012, de este Juzgado. Sin costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal que presentaron escrito de oposición; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 9-12-2014.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Contra el pronunciamiento que deniega la guarda compartida se alza el demandante que reitera su petición alegando en síntesis error en la valoración de la prueba respecto a diferentes extremos que detalla y como hecho nuevo el nacimiento de un nuevo hermano en el entorno paterno.

La sentencia inicial que se pretende modificar de fecha 14-10-2005 que aprobó el convenio suscrito por ambos progenitores atribuyó la guarda del hijo menor a la madre estableciendo un régimen de permanencias entre padre e hijo en defecto de acuerdo de fines de semana alternos desde la salida del centro escolar el viernes hasta la entrada al centro el lunes y un día entre semana con pernocta (miércoles) así como la mitad de los periodos vacacionales. En este procedimiento el padre solicita una guarda compartida por semanas, subsidiariamente miércoles y jueves y fines de semana alternos de viernes a lunes, y si se deniega la compartida una ampliación del régimen de permanencias que coincide en distribución de tiempo con la petición anterior. El menor, nacido el 10-5-2003, tenía dos años cuando firmaron el convenio, 9 años cuando se plantea el procedimiento y once años en la actualidad.

SEGUNDO.- Ciertamente y como se alega en el recurso la sentencia incurre en determinadas afirmaciones que denotan un error en la valoración de determinados hechos pero que no condicionan el sentido del fallo.

Se afirma que el menor tiene diagnosticado un trastorno de atención cuando dicho trastorno se ha descartado como se deriva del Informe del CSMIJ (f. 119) y del informe del Equipo Técnico que recoge la coordinación con dicho servicio o centro. Se hace referencia al cambio de horario laboral como una actuación estratégica, cuando dicho cambio viene motivado por un cambio de trabajo que en ningún caso debe ser cuestionado ni valorado negativamente y se hace referencia a determinados rasgos de personalidad afirmados en el informe psicológico del Equipo Técnico que se pone en relación con la existencia de determinadas multas de tráfico sin que pueda afirmarse que exista entre una cosa y otra la relación de causalidad que se aprecia.

Dicho lo anterior y encontrándonos en un procedimiento de modificación de medidas, lo que cabe valorar es si a tenor de los criterios establecidos en el art. 233- 11 del CCCat , el interés del menor exige o justifica un cambio en la modalidad de guarda establecida en la sentencia de 2005, es decir si la modalidad de guarda solicitada es beneficiosa para el menor ( STSJC de 22-5-2014, ROJ: STSJ CAT 5532/2014 ).

El informe del EATCAF lo desaconseja debido al grado de conflictividad que existe entre ambos progenitores que ha ido incrementándose después de la separación, afirmando que la comunicación interparental es disfuncional y que las capacidades de negociación están interferidas y menguadas. Es precisamente dicha conflictividad la que esta perjudicando al menor cuya orientación diagnostica por parte del CSMIJ es de trastorno emocional inespecífico. Según el Centro de Salud el menor podría bloquearse o tener dificultades de atención y o concentración en la escuela a causa de los problemas emocionales derivados de la ruptura familiar y la gestión de los adultos al respecto. El informe emitido por el propio CSMIJ refiere que las dificultades de comportamiento están en relación a la situación emocional que vive y el bloqueo que presenta en sus capacidades son reactivos a la situación familiar que vive por las dificultades que comporta la separación. También se indica en el referido informe que existen diferencias de criterios entre los padres. Es decir, la mala relación entre los progenitores, las dificultades de gestionar el cuidado del menor por parte de ambos esta teniendo incidencia muy negativa en el menor siendo así que aun cuando se atribuyó la guarda a la madre se estableció un régimen de permanencias con el padre que es muy amplio y que conlleva un reparto muy equitativo y amplio de convivencia entre padre e hijo. En tales circunstancias, el cambio de modalidad propuesto de guarda por semanas con uno y otro progenitor no se considera beneficioso para el hijo en tanto implica un cambio total en su organización diaria y cotidianeidad (desde los dos años) sin garantía alguna de que cese el nivel de conflictividad o de incapacidad de gestión de la relación post ruptura por parte de los padres que cabe imputar a ambos (y así se deriva de las pruebas psicológicas realizadas pro el Equipo Técnico) y no solo a la madre como parece afirmarse en el recurso. En otras palabras, un cambio en la modalidad de guarda no garantiza que se vaya a preservar al menor del conflicto que es lo que le esta perjudicando. Tampoco procede ampliar en una tarde y noche más el régimen de permanencias como se solicita pues tampoco se garantiza una mejoría en la gestión del conflicto. Hay disponibilidad horaria por parte del padre y su domicilio no es del todo incompatible aunque esta un poco lejos del centro escolar, pero se aprecia limitaciones en las habilidades o capacidades parentales de ambos progenitores que conducen a mantener el sistema pactado de guarda al que se ha habituado el menor entendiendo que es la medida que menos perjuicio puede causarle. Entendemos que debe priorizarse por parte del padre la calidad de la relación con el hijo, que de hecho ya es muy amplia, más que fomentar el litigio por la cantidad de tiempo. Por otro lado y ante el hecho nuevo invocado en el recurso cabe señalar que el nacimiento de un nuevo hermano en el entorno paterno no justifica por si solo la bondad o conveniencia de la guarda compartida.

La guarda compartida ha sido calificada de desaconsejable y contraria al interés y necesidades del hijo y debe ser denegada lo que nos conduce a confirmar la sentencia con desestimación del recurso.



SEGUNDO.- No obstante la desestimación del recurso, la naturaleza de la medida discutida y las dudas de hecho que se plantean por norma general en la adopción de esta medida conducen a no hacer expresa imposición de las costas del recurso a ninguna de las partes.

## FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por Fausto , contra la sentencia de 21-1-2013 del Juzgado de Primera Instancia n. 14 de Barcelona en autos de Modificación de medidas n. 172/2012, de los que el presente rollo dimana, **SE CONFIRMA** la expresada resolución, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del nº 3º del artículo 477,2 LEC . También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente ( DF. 16ª, 1 3ª LEC ). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantiva y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuestos ante esta sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse 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.

**PUBLICACION.-** Esta sentencia ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha por el magistrado ponente, y se ha celebrado audiencia pública. DOY FE.