



Roj: **SAP B 3432/2016** - ECLI: **ES:APB:2016:3432**

Id Cendoj: **08019370182016100236**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **04/04/2016**

Nº de Recurso: **392/2015**

Nº de Resolución: **248/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA N. 248/2016**

Barcelona, 4 de abril de 2016

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados

D<sup>a</sup>. Margarita Noblejas Negrillo

D<sup>a</sup>. M. José Pérez Tormo

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

#### **Rollo 392/2015**

Modificación de Medidas n. 767/2013

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n. 15 Barcelona

Apelante: Ángel

Abogado: José Antonio García González

Procurador: Antonio Nicolás Vallellano

Apelada e Impugnante: Ramona

Abogada: Laia Costa Marzal

Procuradora: Jana Isern Marrero

Y el Ministerio Fiscal

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 11-12-2014 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimando la demanda instada por el Procurador D. Antonio Nicolás Vallellano en nombre y representación de D. Ángel asistido por el Letrado D. José Antonio García González contra D<sup>a</sup> Ramona representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Jana Isern Marrero asistida por la Letrada D<sup>a</sup> Laia Costa Marzal debo de fijar las siguientes medidas definitivas:

-Atribución de la guarda y custodia a la madre. Siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

-Régimen de visitas a favor del padre sobre el hijo menor:

Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio del menor hasta el lunes, en que el padre deberá reintegrarlo al colegio.

Día intersemanal con pernocta que en defecto de acuerdo será el miércoles.



Las semanas en que el padre e hijo no hayan estado juntos el fin de semana, el lunes el menor podrá estar con su padre desde la salida del colegio hasta el martes a la entrada del mismo.

El padre deberá recoger al menor en el domicilio materno y reintegrarlo al colegio.

Vacaciones de verano;- Desde el primer día de vacaciones escolares (a finales de junio) hasta el siguiente domingo; el progenitor al que le corresponda el fin de semana siguiente será quién recoja a Iván en la escuela y lo tenga en su compañía hasta las 19:00 horas.

A partir de eses domingo, las semanas correspondientes al mes de julio se realizarán y repartirán entre los padres de forma alterna de lunes a lunes si bien se determina que el padre que no le corresponda esa semana tendrá un día intersemanal con pernocta desde las 18:00 horas hasta las 10:00 horas del día siguiente. El día intersemanal en el mes de Julio será a priori los miércoles a excepción de que ambos progenitores de mutuo acuerdo y con un mes de antelación a la finalización del curso escolar, decidan cambiarlo.

Desde el primer fin de semana de agosto se dividirán el mes de agosto por quincenas, repartiéndose de forma alterna anualmente.

Las dos primeras semanas de septiembre se alternarán hasta el comienzo del curso escolar.

Las vacaciones de Navidad y Semana Santa serán repartidas por mitad ambos progenitores, debiendo de elegir periodo la madre en los años pares y el padre en los impares.

El progenitor que no tenga consigo al hijo común, podrá comunicarse con él por cualquier medio siempre que lo considere oportuno. En cuanto la comunicación telefónica se respetará el horario de descanso del hijo menor.

Ambos progenitores deberán facilitar la comunicación libre del menor durante los periodos vacacionales con el otro progenitor que no disfrute de su compañía, estableciéndose la obligación de notificarse sus residencias y teléfonos en dichos periodos.

-Pensión de alimentos, no ha lugar a modificar la establecida en la Sentencia dictada por este Juzgado de fecha 2 de octubre de dos mil nueve dictada por este Juzgado.

-Atribución del uso del domicilio familiar a la madre y al hijo menor.

-No ha lugar a la división del bien común vivienda familiar.

Sin expresa condena en costas. "

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

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 30-3-2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia ha denegado modificar la modalidad de guarda que fue fijada en sentencia de divorcio de 2-10-2009 por acuerdo recogido en convenio regulador. En la sentencia se acordó atribuir la guarda del hijo menor a la madre con un régimen de relación y permanencias con el padre de fines de semana alternos de viernes a domingo, dos tardes martes y jueves y la tarde del lunes cada quince días así como los periodos vacacionales establecidos. En el presente procedimiento el padre, ahora recurrente, solicita la guarda compartida con la siguiente distribución temporal: la primera semana lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre y fin de semana desde la tarde del viernes a la mañana del lunes con el padre; la segunda semana lunes y martes con la madre, miércoles y jueves con el padre y fin de semana con la madre y así sucesivamente y vacaciones por mitad. La sentencia ahora apelada deniega la guarda compartida pero amplía los fines de semana a la noche del domingo y modifica los días entre semana en que el menor estará con su padre que fija en miércoles incluyendo la pernocta y en lunes cada quince días con pernocta.

En el recurso de apelación se mantiene la petición de la demanda. El hijo nació el NUM000 -2005.

Con carácter previo y tal y como se pone de manifiesto en el recurso, cabe señalar que la legislación aplicable para resolver sobre la modalidad de guarda no es la del Código Civil sino la del Codi Civil Catalán. Ambos cónyuges según se deriva de los documentos aportados han nacido en Catalunya, no consta ni se alegan cambios de vecindad civil y ambos siguen residiendo en Catalunya. El principio de territorialidad (artículos 14.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya) nos llevaría asimismo a la aplicación de la legislación catalana.



Respecto a la modificación de la modalidad de guarda acordada en sentencia dictada con anterioridad a la entrada en vigor del CCC hemos señalado de forma reiterada que :

- La Disposición Transitoria Tercera de la Llei 25/2010 no autoriza sin más un cambio automático de la medida relativa al cuidado y guarda de los hijos menores, sino que permite una revisión. El CF vigente cuando se firmó el convenio no impedía la adopción de una guarda compartida y la normativa del CCC no impone en todo caso la guarda compartida sino que contempla también la posibilidad de acordar una guarda individual si ello conviene más al interés del hijo (art. 233-8,1 CCC).

- En la legislación del CCC como ha afirmado el TSJC en sentencia de fecha 26-7-2012 se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores, pero esta misma sentencia, no admite que puedan reproducirse los litigios para modificar la modalidad de guarda acordada en un proceso anterior, sin que concurra algún cambio, aunque después afirme que los cambios que afecten al interés del menor pueden ser calificados de sustanciales precisamente por afectar a dicho interés. Es decir, para modificar la modalidad de guarda acordada en una sentencia anterior es necesario que se haya producido algún cambio que lo justifique y/o que la medida adoptada haya resultado perturbadora o perjudicial para el menor o resulte más aconsejable otra medida de guarda que la adoptada. Y en sentencia de 22-5-2014 (ROJ: STSJ CAT 5532/2014) el TSJC ha afirmado "que en tales casos la autoridad judicial vendrá obligada, en todo caso y sin apriorismos, a chequear conforme a los criterios y las circunstancias previstas en el art. 233-11 CCC si la modificación es beneficiosa para el menor afectado".

- El transcurso del tiempo no constituye por si solo un cambio de circunstancias que pueda motivar o justificar un cambio de guarda si no va acompañado de otros factores.

Dicho lo anterior, de las pruebas practicadas -interrogatorio, informe EATAF, certificado de la escuela, sentencia condenatoria por falta - se desprende que el régimen de permanencias y relación fijado en el convenio regulador se ha ido cumpliendo, que el padre ha participado de forma activa en la vida y en el cuidado del niño durante estos años, que ambos progenitores mantienen capacidad y habilidades parentales que garantizan el cuidado y formación del menor aunque en ciertos aspectos dichas habilidades son susceptibles de mejora y que la relación entre los progenitores ha ido empeorando con el transcurso del tiempo lo que ha limitado de forma sustancial su comunicación y las posibilidades de llegar a acuerdos y de flexibilizar las pautas de relación establecidas entre padre e hijo. Tal y como señala el informe del EATAF hay falta de comunicación y ambos progenitores se responsabilizan mutuamente de la misma, el déficit en la comunicación genera desconocimiento de los padres respecto a lo que el menor hace en el entorno del otro progenitor y promueve un ambiente familiar disfuncional y una falta de acuerdo en aspectos imprescindibles de la crianza del menor. Hay cuestiones ajenas a la guarda que generan e incrementan el conflicto, entre ellas la utilización o uso de la vivienda, que es de titularidad común, por la actual pareja de la madre y sus hijas.

El régimen de permanencias establecido en la sentencia que deniega la guarda compartida es muy amplio e implica un reparto no igualitario pero bastante equitativo de guarda y convivencia del hijo menor con cada uno de los progenitores, pero entendemos que no se dan las condiciones mínimas de coparentalidad para acordar la guarda compartida. Cuando hablamos de guarda o custodia compartida nos referimos al ejercicio compartido de las funciones parentales. El elemento cuantitativo -tiempo de convivencia- es importante pero no puede hablarse de guarda compartida si no hay coparentalidad. La medida sobre la guarda se ha de acordar atendiendo al carácter conjunto de la responsabilidad parental, así lo establece nuestro CCC, y el ejercicio de las funciones será más o menos compartido según sea el grado de corresponsabilidad, de comunicación y de intercambio de información de los padres. Se requiere la implicación positiva de ambos progenitores en la crianza y en el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura parental (corresponsabilidad parental o coparentalidad responsable) y entendemos que en este caso no concurre.

Por otra parte, en el recurso se reitera la petición de la demanda de guarda compartida con un reparto temporal de guarda que implica continuos cambios del menor en uno y otro domicilio, sin referencias temporales estables. Se pretende que el menor este bajo la guarda del padre los lunes y martes una semana y los miércoles y jueves otra semana en función del fin de semana con quien el menor debe convivir que se han repartido de forma alterna. No se explica mínimamente, ni se acredita, la bondad de dicha distribución que entendemos no ofrece referencias temporales estables para el menor, que según la semana y el día estará con uno u otro progenitor lo que puede generarle confusión, y ocasionarle inestabilidad pues se ignora la capacidad del menor de adaptarse a los cambios y el impacto que el reparto de tiempo propuesto, reiteramos sin referencias temporales estables, puede tener en su cotidianidad.

Por todo ello entendemos que la medida de guarda materna con el régimen de permanencias establecido entre padre e hijo es el que más se ajusta en este momento al interés del hijo menor.



SEGUNDO.- La parte apelante reitera en esta alzada la petición de extinción del uso de la vivienda familiar alegando como causa la convivencia en el mismo de la actual pareja de la madre. El art. 233-24 CCC regula las causas de extinción del derecho de uso del domicilio familiar y contempla causas distintas según el uso se haya atribuido a uno de los cónyuges por razón de la guarda o por razón de necesidad. Solo en el caso en que se haya atribuido el uso con carácter temporal por razón de necesidad recoge como causa de extinción la convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona (apartado 2 b)). La tipificación de dicha causa de extinción, limitada a aquellos supuestos en que la atribución obedece a razones de necesidad del cónyuge usuario y no por la guarda de los hijos menores, impide hacer extensiva dicha causa de extinción al supuesto ahora contemplado en el que se ha atribuido el uso de la vivienda a la madre por razón de la guarda del hijo menor. No cabe apreciar en dicha petición una motivación exclusivamente económica como se ha alegado por la demandada. Con anterioridad a la entrada en vigor del CCC esta Sala en una interpretación sistemática de los preceptos del Codi de Família había acordado la extinción del uso de la vivienda cuando se había constituido una nueva unidad familiar que seguía conviviendo en la misma, entendiendo que la constitución de una unidad familiar nueva desafectaba a la vivienda familiar anterior de dicho carácter. La convivencia de una tercera persona que forma con el progenitor usuario de la vivienda una nueva unidad familiar constituye un elemento claramente desestabilizador y perturbador en las relaciones que deba mantener dicho progenitor con su anterior pareja que sigue siendo propietario de la referida vivienda y se ve obligado a aceptar la ocupación de su vivienda por una tercera persona sin su consentimiento. La redacción del art. 233-24 del CCC impide ahora acordar la extinción del uso cuando la atribución del mismo se ha hecho por razón de la guarda del hijo menor como ocurre en este caso. Es por ello que procede denegar la petición sin perjuicio de la incidencia que dicho hecho pueda tener, como se verá, en la determinación de la pensión de alimentos.

TERCERO.- Respecto a la pensión de alimentos se reitera en esta alzada la petición formulada con carácter subsidiario para el supuesto de denegarse la guarda compartida, de reducción de la pensión de alimentos fijada en el convenio regulador aprobado por sentencia. La sentencia de divorcio estableció a cargo del padre una pensión de alimentos de 250 euros al mes más la mitad de los gastos médicos, de formación, libros, colonias, actividades extraescolares y AMPA. En la demanda de modificación se solicita la aportación a una cuenta de la suma de 200 euros por cada progenitor tanto si se acuerda la guarda compartida como si se deniega. En el recurso solicita la reducción de la pensión de alimentos a 225 euros al mes. El Ministerio Fiscal impugna la sentencia en el mismo sentido. Solicita la reducción de la pensión de alimentos al haberse ampliado el régimen de visitas.

No se ha probado una modificación en los ingresos de los progenitores. Ambos desarrollan trabajos similares y no consta con certeza cuales sean sus ingresos. Se ha ampliado el régimen de estancias del menor con el padre lo que implica una mayor carga alimenticia para el mismo a la vez que disminuye la de la madre y como hemos señalado en el fundamento jurídico anterior, la convivencia en la vivienda familiar de la actual pareja de la madre implica una reducción del gasto para la misma en tanto comparte el gasto de la vivienda con otra persona que debe contribuir a dicho gasto. Ambas circunstancias, la ampliación del régimen de permanencias y relación entre padre e hijo y la convivencia de una tercera persona en la vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges conducen a reducir la pensión de alimentos pactada en la sentencia de divorcio a cargo del padre al objeto de adecuar el importe de la misma al principio de proporcionalidad que rige esta materia (art. 237-9 CCC). Entendemos acertada la cantidad propuesta por el Ministerio Fiscal de 225 euros al mes comprendiendo la misma todos los gastos ordinarios que conforman el contenido objetivo de la obligación de alimentos que recoge el art. 237-1 CCC -manutención, vestido, vivienda, formación- lo que implica dejar sin efecto la obligación del padre de pagar por mitad los gastos de formación, libros, colonias, actividades extraescolares y AMPA y se mantiene el pago por mitad de los gastos extraordinarios. Se estima en parte el recurso.

CUARTO.- Por último se reitera en esta alzada la petición de división del bien común -la vivienda familiar- que ha sido denegada por entender que dicha acción no puede ser ejercitada en un procedimiento de modificación.

Tal y como se alega en el recurso, las dos secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona han admitido la acumulación de la acción de división a la acción de modificación de las medidas de divorcio. Las sentencias de 12-2-2014 ( ROJ: SAP B 1421/2014 - ECLI:ES:APB:2014:1421 ) y 29-1-2014 ( ROJ: SAP B 1511/2014 - ECLI:ES:APB:2014:1511), entre otras, recogiendo la de 13-9- 2012 (ROJ: SAP B 11645/2012) señalan que desde la entrada en vigor del CCC se estima que la acción de división de cosa común puede ejercitarse no solo en los procedimientos de divorcio sino también en los de modificación. Pese a que el artículo 232 12 , 1 del CCC mantiene una redacción similar a la del artículo 43 del CF refiriéndose únicamente a los procedimientos de separación, divorcio, nulidad y eficacia civil de resoluciones eclesíásticas, no pueden excluirse los procedimientos de modificación. La Disposición Adicional quinta del CCC que determina los procedimientos relativos a la ruptura de la pareja estable, se remite a los procesos matrimoniales en general, sin exclusión del de modificación de medidas, permitiendo que dentro del mismo proceso pueda ejercitarse la acción de división de la cosa común. Si tratándose de pareja estable, la ley permite el ejercicio de la acción



de división dentro de un procedimiento de modificación de medidas, no puede impedirse el ejercicio de dicha acción en un procedimiento matrimonial. En el mismo sentido se ha pronunciado la sección 12 en sentencias de 28-7-2015 ( ROJ: SAP B 11373/2015 - ECLI:ES:APB:2015:11373) y 20-2-2015 ( ROJ: SAP B 1779/2015 - ECLI:ES:APB:2015:1779).

Procede por tanto estimar la acción de división de la cosa común ejercitada sobre la vivienda familiar que es propiedad de ambos progenitores que se llevará a cabo en trámite de ejecución de sentencia. La atribución del derecho de uso a favor de uno de los condueños no impide el ejercicio de la división que se llevará a cabo con respeto de dicho derecho si no sea extinguido con anterioridad. La compatibilidad entre la división y el derecho de uso ha sido admitida por nuestros tribunales de manera reiterada.

QUINTO.- La parte demandada impugna la sentencia con ocasión del traslado del recurso de apelación solicitando se condene al pago de las costas al demandante al haberse desestimado por la sentencia todas sus pretensiones. No procede estimar la impugnación y ello porque la estimación parcial del recurso implica la estimación parcial de la demanda y en este caso no resulta procedente la imposición de las costas de conformidad con lo que establece el art. 394 LEC .

Al devenir la desestimación de la impugnación de la estimación parcial del recurso no procede imponer las costas de la impugnación a la parte demandada ya que su petición hubiera procedido de haberse desestimado el recurso. Tampoco procede la imposición de las costas del recurso a la parte apelante al haber sido parcialmente estimado.

## FALLAMOS

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación formulado por Ángel , **ESTIMANDO** la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal y **DESESTIMANDO** la impugnación formulada por Ramona contra la sentencia de 11-12-2014 del Juzgado de Primera Instancia n. 15 de Barcelona en autos de Modificación de Medidas n. 767/2013, de los que el presente rollo dimana, **SE REVOCA EN PARTE** la expresada resolución, acordando:

- 1.- Fijar en 225 euros al mes la pensión de alimentos que el padre debe abonar a la madre para el hijo, más la mitad de los gastos extraordinarios.
- 2.- La estimación de la acción de división de la cosa común ejercitada sobre la vivienda propiedad de ambas partes que se llevará a cabo en ejecución de sentencia.

Con mantenimiento de todo lo demás acordado y sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la apelación y de la impugnación.

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.