



Roj: **SAP B 10516/2018 - ECLI:ES:APB:2018:10516**

Id Cendoj: **08019370122018100918**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **24/10/2018**

Nº de Recurso: **979/2017**

Nº de Resolución: **970/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **VICENTE ATAULFO BALLESTA BERNAL**

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.: 0810242120128239625

Recurso de apelación 979/2017 -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 314/2014

Parte recurrente/Solicitante: Cirilo

Procurador/a: Robert Francesc Marti Campo

Abogado/a: JOSEP FONT I PALOMERAS

Parte recurrida: Delia

Procurador/a: Fernando Bertran Santamaria

Abogado/a: Javier Leiva Méndez

SENTENCIA N° 970/2018

Magistrados:

Dª. Mª Pilar Martín Coscolla

D. José Pascual Ortuño Muñoz

D. Vicente Ballesta Bernal

Barcelona, 24 de octubre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 22 de septiembre de 2017 se han recibido los autos de Modificación medidas supuesto contencioso 314/2014 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Robert Francesc Marti Campo, en nombre y representación de Cirilo contra Sentencia - 23/03/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Fernando Bertran Santamaria, en nombre y representación de Delia .



SEGUNDO. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"MODIFICO PARCIALMENTE la sentencia 175/2013, de 22 de octubre de 2013, dictada por este mismo juzgado en autos de divorcio contencioso 113/2013, en el sentido de establecer un nuevo régimen de visitas en favor del padre, del modo siguiente:

Se establece la obligación, tanto de Eva como de su padre, de someterse i acudir, por separado, ante el punto de encuentro familiar mas próximo al domicilio de la menor, en el horario i fechas que este fije según disponibilidad de agenda, durante un período prudencial de 6 meses, en los que los profesionales del punto de encuentro deberán apoyar, siempre por separado, psicológicamente a ambas partes i orientarlas profesionalmente de cara a retomar las dañadas relaciones existentes actualmente entre ambas, para pasados esos 6 meses i salvo que los profesionales del punto de encuentro lo estimen totalmente contraproducente i perjudicial para la menor (informando en este sentido al juzgado con un mes de antelación, para poder adoptar la resolución pertinente) pueda establecerse una visita mensual, siempre bajo supervisión de profesionales del punto de encuentro de unas dos horas de duración, según disponibilidad de agenda del punto de encuentro, i debiendo este último de emitir informes cada dos meses (salvo siempre que en beneficio de la menor los profesionales estimen conveniente emitir cualquier informe con destino a este juzgado en otro momento) con el objetivo de informar sobre si

procede mantener, ampliar o variar, de algún modo, el régimen establecido por la presente resolución.

En todo lo demás la sentencia 175/2013 permanecerá invariable.

Sin expresa imposición de costas."

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 día 24/10/2018.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado D. Vicente Ballesta Bernal .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admite la fundamentación jurídica que contiene la sentencia recurrida, salvo en aquello que pudiera resultar contradictoria con la que contiene la presente resolución.

PRIMERO.- La sentencia de fecha 23 de marzo de 2.017 recaída en la primera instancia en los autos de modificación de medidas nº 314/14, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , seguidos a instancia de Don Cirilo contra Doña Delia , estima parcialmente la demanda formulada, únicamente en el sentido de que modifica parcialmente la sentencia nº 175/2013, de 22 de octubre, dictada por ese mismo Juzgado en los autos de Divorcio Contencioso nº 113/13, en el sentido de establecer un nuevo régimen de visitas a favor del padre del modo siguiente: "Se establece la obligación, tanto de Eva como de su padre, de someterse y acudir, por separado, ante el punto de encuentro familiar más próximo al domicilio de la menor, en el horario y fechas que este fije según disponibilidad de agenda, durante un periodo prudencial de seis meses, en los que los profesionales del punto de encuentro deberán apoyar, siempre por separado, psicológicamente a ambas partes y orientarlas profesionalmente de cara a retomar las dañadas relaciones existentes actualmente entre ambas, para pasados esos seis meses y salvo que los profesionales del punto de encuentro lo estimen totalmente contraproducente y perjudicial para la menor (informando en este sentido al juzgado con un mes de antelación, para poder adoptar la resolución pertinente) pueda establecerse una visita mensual, siempre bajo supervisión de profesionales del punto de encuentro de unas dos horas de duración, según disponibilidad de agenda del punto de encuentro, y debiendo este último emitir informes cada dos meses (salvo siempre en que beneficio de la menor los profesionales estimen conveniente emitir cualquier informe con destino a este juzgado en otro momento) con el objetivo de informar sobre si procede mantener, ampliar o variar, de algún modo, el régimen establecido por la presente resolución. En todo lo demás, la sentencia nº 175/2013, de 22 de octubre permanecerá invariable".

Frente a la referida resolución el demandante Sr. Cirilo , interpone recurso de apelación, mediante el que se impugnan la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia recurrida y se solicita que se estimen la totalidad de las pretensiones formuladas por esa parte en su escrito de demanda, que en definitiva consiste en la atribución al padre demandante de la guarda de la hija menor de edad Eva , nacida el NUM000 de 2.005, así como el establecimiento de una pensión de alimentos a favor de la hija común y a cargo de la madre demandada de 150,00 Euros mensuales, realizando además unas pretensiones subsidiarias a la modificación



interesada como principal (expositivo fáctico Quinto de la demanda inicial de las presentes actuaciones). También se alega por el recurrente la existencia de indefensión, por vulneración de normas de la LEC, al no haber podido hacer alegaciones en el acto de la vista celebrada en la primera instancia sobre las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal, alegando de igual forma la existencia de infracción del artículo 24 de la Constitución.

La demandada Sra. Delia, se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario e interesa la confirmación de la sentencia recaída en la primera instancia.

SEGUNDO.- De forma previa, y variando el orden de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición del recurso de apelación, debemos poner de manifiesto que no existe infracción de normas procesales y menos causante de indefensión a la parte, por el hecho de no concederse nuevo turno de alegaciones tras el informe realizado en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, correspondiendo en todo caso la dirección de los debates al Juzgador de Instancia, sin que pueda considerarse infringido en el presente caso el derecho de defensa de las partes.

Consiguientemente, la invocación de defectos formales que en este caso se alega por el recurrente es meramente retórica. No se alega en forma concreta que precepto procesal se considera infringido ni de qué forma ha afectado a su derecho, y tampoco solicita la nulidad ni la subsanación de los defectos que menciona.

Esta Sala ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la naturaleza de la presencia del ministerio público en los procesos de familia que está prevista en el artículo 749.2 LEC y en el artículo 2 del Estatuto del Ministerio Fiscal. Las previsiones legales obedecen a la función que desempeña el ministerio público en defensa de los intereses de los menores cuando lo que es objeto de enjuiciamiento pueda afectar a materias de orden público, pero no significa que su presencia en el proceso constituya un elemento preceptivo e indispensable en estos procedimientos. Es el ministerio público el que ha de valorar en cada caso concreto si la protección del interés del menor exige su presencia activa, o si no resulta oportuna por cuanto los intereses del menor ya estén suficientemente protegidos, no exista riesgo para lo mismos, ni haya cuestiones de orden público en debate. Por esta razón la previsión legal de su intervención preceptiva queda cumplida con su emplazamiento, citación y notificación de los actos procesales y de los escritos de las partes, pero no implica que deba ser considerado como parte en la constitución de la relación jurídico procesal ni en ninguno de los actos del procedimiento, ni su ausencia es significativa para determinar su eficacia y validez.

En el caso de autos la intervención del fiscal se ha ajustado a las previsiones legales y ha informado oportunamente lo que ha entendido conveniente para los intereses del menor, sin que su actividad en el proceso haya generado ningún tipo de indefensión a la parte recurrente.

TERCERO.- Sobre la modificación sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en la adopción de las medidas definitivas adoptadas en la sentencia de 22 de octubre de 2.012.

Determina el artículo 233-7.1 del C.C.Cat. que, "Las medidas ordenadas en un proceso matrimonial pueden modificarse, mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas".

Dada la conformidad con la sentencia recaída en la primera instancia por parte de la demandada y actora reconvenzional Sra. Delia (es evidente que al demandante le favorece, por cuanto esa alteración sustancial de las circunstancias resulta necesaria para que puedan estimarse sus pretensiones de cambio de guarda de la hija menor y demás ejercitada en su demanda), damos por íntegramente reproducida la fundamentación que al respecto contiene la sentencia recaída en la primera instancia (Fundamento de Derecho Segundo), cuando afirma que, "*En el presente caso, existiese o no modificación sustancial a la hora de presentar la demanda, lo bien cierto es que es evidente que los avatares sufridos durante la tramitación del procedimiento si constituyen una modificación sustancial de todas las circunstancias concurrentes en el momento del dictado de la sentencia que se pretende modificar, por lo que se encuentra absolutamente justificado regular judicialmente la situación atinente al régimen de visitas de Eva, puesto que en caso de no hacerse de este modo y de permitir sin más, una vez concluida la prohibición de acercamiento, se retome el régimen de visitas tal y como se establecía en aquella resolución, podrá ser tremendamente perjudicial para los intereses de la menor, y ello no puede permitirse, pues son esos intereses y no los de sus padres los que deben prevalecer en todo caso*".

CUARTO.- Sobre la modificación de la guarda de la hija menor Eva, que en la actualidad cuenta 13 años de edad.

De forma previa, debemos poner de manifiesto determinados hechos que constan probados en las presentes actuaciones:

1º.- Los ahora litigantes contraen matrimonio en fecha 30 de diciembre de 1.999 en Caracas (Venezuela).



2º.- De dicho matrimonio nace en Barcelona una hija llamada Eva , el NUM000 de 2.005, por lo que en estos momentos cuenta 13 años de edad.

3º) En fecha 22 de octubre de 2.013 recae Sentencia en el procedimiento de divorcio tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 , en la que se adoptan las correspondientes medidas definitivas, que a los efectos que ahora dilucidamos, resultan relevantes las siguientes: A) Se atribuye la guarda de la hija menor de edad, Eva , a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. B) Establece un sistema de relaciones personales de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20,00 horas, y dos días intersemanales desde la salida del colegio hasta las 21,00 horas.

4º.- En fecha 16 de octubre de 2.013, la Sra. Delia comunica por medio de Burofax al Sr. Cirilo , el nuevo domicilio de la hija común, sito en C/ DIRECCION001 nº NUM001 - NUM002 , NUM001 - NUM003 de DIRECCION002 (antes vivían en DIRECCION006 a unos 35 kms aproximadamente), como el Colegio al que asistiría la menor a partir de esa fecha (Colegio DIRECCION003 sito en DIRECCION002), lo que provoca que en fecha 23 de abril de 2.014 se presente la demanda inicial de las presentes actuaciones en la que se solicita el cambio de guarda de la menor. El padre en la actualidad tiene su domicilio en DIRECCION004 a 60 kms de distancia de DIRECCION002 .

5º.- La integración de la menor en el nuevo centro escolar es muy buena, como se pone de manifiesto en las calificaciones que se obtiene por la menor en el curso escolar 2013-2014 (documentos números 13 a 15 aportados por la demandada en su escrito de contestación a la demanda formulada en su contra).

6º.- La relación entre los ahora litigantes ha sido altamente conflictiva, lo que se agrava a partir del momento que la Sra. Delia comunica el cambio de domicilio y su traslado a la localidad de DIRECCION002 , hasta el extremo que entre ellos se formulan gran número de denuncias penales. Así, basta destacar al efecto lo siguiente: A) En fecha 24 de enero de 2.014, recae Sentencia absolutoria de la Sra. Delia de la falta de incumplimiento de obligaciones familiares, del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION002 , como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo . B) En fecha 22 de noviembre de 2.013, recae Sentencia absolutoria en el Juicio de Faltas nº 411/13 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo . C) En fecha 22 de noviembre de 2.013, recae Sentencia absolutoria en el juicio de Faltas nº 403/13 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo . D) En fecha 30 de enero de 2.014, recae Sentencia absolutoria en los autos de Juicio de Faltas nº 784/13, como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo . E) En fecha 20 de noviembre de 2.013 recae Sentencia absolutoria de la Sra. Delia , en el Juicio de Faltas nº 405/13, del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , instruidos como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo . F) En fecha 22 de enero de 2.014, recae sentencia en el Juicio de Faltas nº 488/13 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , por la que se condena a la Sra. Delia como autora de una falta de incumplimiento de obligaciones familiares como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo . G) En fecha 8 de julio de 2.014, recae Sentencia en el Juicio de Faltas nº 949/14 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION002 , mediante la que se condena a la Sra. Delia como autora de una falta de incumplimiento de obligaciones familiares como consecuencia de la denuncia formulada por el Sr. Cirilo .

De la misma forma existen otras denuncias formuladas en este caso por la Sra. Delia , que han dado lugar a las siguientes sentencias: A) En fecha 20 de noviembre de 2.013 recae Sentencia en el Juicio de Faltas nº 370/13 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 que absuelve al Sr. Cirilo de la denuncia formulada por la Sra. Delia por infracción del régimen de visitas. B) En fecha 2 de octubre de 2.013 recae Sentencia absolutoria del Sr. Cirilo como consecuencia de la denuncia formulada por la Sra. Delia por infracción del régimen de visitas. C) En fecha 11 de abril de 2.014 recae Sentencia absolutoria del Sr. Cirilo , en el Juicio de Faltas nº 757/13 del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION002 , como consecuencia de la denuncia formulada por la Sra. Delia , por incumplimiento del régimen de visitas. D) En fecha 20 de febrero de 2.014, recae Sentencia en el Juicio de Faltas nº 663/13, del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION002 , que condena al Sr. Cirilo como autor de una falta de continuada de incumplimiento del régimen de visitas. E) En fecha 22 de noviembre de 2.013, recae Sentencia en el Juicio de Faltas nº 441/13, del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , que absuelve al Sr. Cirilo de la denuncia formulada por la Sra. Delia . F) En fecha 7 de marzo de 2.014, recae Sentencia en el Juicio de Falta nº 112/14 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION002 , que condena al Sr. Cirilo como autor de una falta de malos tratos de obra, como consecuencia de los hechos ocurridos en fecha 10 de enero de 2.014 en los que se produce la agresión de la pareja actual de la Sra. Delia por parte del Sr. Cirilo .

7º.- En fecha 27 de febrero de 2.015, la representación de la Sra. Delia presenta escrito en el que comunica al Juzgado que el día 25 de febrero de 2.015, el Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION002 , en el Procedimiento de Diligencias Previas nº 974/15 que se tramitan como consecuencia de la denuncia formulada por la Sra. Delia contra el Sr. Cirilo por un presunto delito de maltrato en el ámbito familiar, dictó Auto



prohibiendo al Sr. Cirilo aproximarse a menos de 1.000 metros a la menor Eva , por lo que interesa la suspensión del régimen de visitas acordado en su momento en la sentencia de divorcio, lo que provoca el Auto de fecha 12 de marzo de 2.015 (recaído en el presente procedimiento en la primera instancia), por el que se acuerda la suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias de Cirilo con su hija menor Eva durante la vigencia de la orden de prohibición de aproximación y comunicación, que en la actualidad ha quedado sin efecto al haber recaído resolución archivando las actuaciones penales (Auto de fecha 9 de noviembre de 2.016, del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION005 , que acuerda el archivo provisional de las Diligencias Previas nº 142/15 y se dejan sin efecto las medidas cautelares adoptadas mediante Auto de 25 de febrero de 2.015 del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION002 por la desaparición de los motivos que motivaron su adopción).

Consta aportado a las actuaciones y es ratificado en el acto de la Vista celebrada en la primera instancia, un Informe Pericial elaborado por la Psicóloga Dra. Cecilia , en el que se concluye que la Sra. Delia presenta una estructura adecuada de personalidad y no se observa en ella patología psíquica, presentando características de buena madre cuidadora. La Sra. Delia da muestras de conocer a su hija, y tiene una relación materno-filial afectuosa, contenedora y motivadora donde ofrece límites cuando la situación lo requiere, apreciando buena capacidad educativa, siendo bueno el vínculo materno filial.

Por lo que respecta a la hija menor de los litigantes, Eva , se pone de manifiesto en el mismo Informe pericial, que es una niña que sigue un adecuado proceso madurativo, que quiere a sus padres y que está bien adaptada a la situación familiar actual. Presenta una relación materno filial buena donde hay aceptación de pautas y una sinergia adecuada a su edad. En cambio, por lo que respecta a la relación paterna se aprecia temor, posiblemente generado ante los posibles comentarios peyorativos ante la figura materna así como los avisos de que próximamente habrá cambios familiares. Eva reacciona con ansiedad, bloqueo emocional y con tristeza.

En lo referente a la figura paterna, Sr. Cirilo , el referido Informe precisa que acudió al centro aunque no ofreció información explícita de la menor.

Finalmente concluye el referido Informe de fecha 20 de enero de 2.015, que la opción más garantista para la menor es seguir el régimen existente en ese momento con la guarda de la madre atribuida a su madre la Sra. Delia .

Consta igualmente aportado a las actuaciones, cuya elaboración fue interesada de forma insistente por el demandante y ahora recurrente, Informe de fecha 16 de abril de 2.015, firmado por la Psicóloga Doña Graciela y elaborado por el Equipo de Asistencia Técnica Civil Barcelona Comarcas, en el que tras la práctica de cuantas diligencias entendieron necesarias, entre ellas entrevistas individuales con el padre y con la madre, lectura y estudio del expediente judicial etc., en el que se pone de manifiesto que la situación familiar que se detecta es muy compleja al existir una situación muy conflictiva entre los progenitores que provoca numerosos incidentes y dificultades para conseguir acuerdos, siendo de forma fundamental la menor la que está sufriendo las consecuencias de la dinámica relacional patológica de los progenitores, apreciando en cuanto a la figura paterna que presenta serias dificultades a la hora de asumir las consecuencias de la ruptura familiar y presenta además un posicionamiento marcadamente rígido. Además se precisa que existe un vínculo emocional muy débil entre padre e hija, que ha podido ser provocado por la falta de relación e implicación del padre en la vida de su hija a lo largo del tiempo así como por ciertos episodios con componentes agresivos del padre con su hija. También se percibe que el padre prioriza sus necesidades en detrimento de las de su hija y plantea una demanda en la que no tiene en cuenta la estabilidad psicoemocional de la menor.

El mismo Informe reitera que la madre ha sido la figura principal de referencia en el cuidado y crianza de la menor y aprecia que existe un vínculo materno filial sólido y satisfactorio, que así mismo se percibe que la madre cubre de manera adecuada las necesidades básicas de la hija y fomenta su autonomía.

En lo que respecta a la menor, dice el Informe referido, que se encuentra adaptada a la situación familiar actual en ese momento así como al contexto escolar y que presenta relaciones satisfactorias tanto con los adultos como con el grupo de iguales. Se trata de una menor responsable que ha podido mantener un buen rendimiento académico pese a la situación conflictiva vivida, descartando que Eva presente Síndrome de alienación parental, ya que si la menor tiene miedo al padre y no quiere mantener contacto con él, es por los motivos que ha expuesto en sede judicial y que se encuentran recogidos en la interlocutoria del Juzgado de Instrucción nº 5 de DIRECCION002 .

Consta igualmente aportado a las actuaciones copia del Informe de fecha 21 de julio de 2.015, emitido por el Psicólogo Don Alberto , emitido en su momento en las Diligencias Previas nº 142/15 del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION005, en el que se dice que en la menor Eva no se detecta ninguna tendencia a la fantasía o fabulación, y que tampoco se encuentra ningún antecedente psicopatológico que pueda afectar



a su capacidad de efectuar un testimonio válido, precisando además que Eva se encuentra en medio de un conflicto parental habiendo optado por estar al lado de la madre. Así, su percepción de que el padre ha hecho mal a su madre y a su compañero son aspectos que explican esa polarización y su actitud negativa hacia su padre. Se valora que Eva presenta una gran sensibilidad a situaciones vividas con el padre, que pese a ser de una gravedad leve o moderada, han sido vividas de forma muy intensas y con una afectación significativa.

Partiendo de cuanto ha quedado expuesto así como del examen de la totalidad de la documentación aportada a las actuaciones y de las pruebas de interrogatorio de partes y de peritos y de peritos-testigos practicadas en el acto de la vista principal celebrada en la primera instancia, debe concluirse como hace la sentencia recaída en la primera instancia que para atender al interés de la hija menor de edad Eva, debe mantenerse la guarda de la menor a favor de su madre ahora demandada, lo que en forma alguna queda desvirtuado por la declaración del propio demandante Sr. Cirilo, o por la declaración igualmente prestada por Doña Vicenta, que realmente no resulta trascendente ante la falta de diligencias practicadas que pudieran resultarle de utilidad, como por la existencia de una prueba abrumadora que impide de todas las formas estimar las pretensiones formuladas por el demandante.

Desestimada de plano la pretensión del padre recurrente de modificar la Guarda de la hija menor Eva, estableciendo una guarda exclusiva a su favor, resulta evidente que no procede modificar la pensión de alimentos establecida a cargo del padre.

QUINTO.- Sobre las pretensiones subsidiarias que se pretenden por el recurrente para el caso de ser desestimada su pretensión de cambio de guarda de la menor.

La primera de las pretensiones subsidiarias que se realizan por el recurrente hace referencia al régimen de visitas, y ha quedado sin efecto por carencia sobrevenida de objeto, por cuanto en el recurso se remite al escrito de demanda, y en esta hace referencia a la modificación del segundo día intersemanal, lo que precisamente queda sin efecto ante la modificación del régimen de relaciones de la menor con su progenitor no custodio que se realiza en la sentencia recurrida como consecuencia de la modificación sustancial de las circunstancias que tienen lugar durante la larguísima tramitación de este procedimiento judicial.

En segundo lugar, solicita el actor y recurrente que de mantenerse la guarda de la menor a favor de su madre, que se establezca la obligación de la Sra. Delia de pagar mensualmente al demandante en concepto de gastos de desplazamiento que debe realizar el padre para poder llevar a cabo el régimen de visitas, la suma de 456,00 Euros.

Resulta evidente que en esta pretensión no se tiene en cuenta tampoco la modificación del régimen de relaciones entre la menor y su padre que contiene la sentencia recurrida. Por otro lado, tampoco procedería tal pretensión aun cuando se hubiera mantenido el anterior régimen de visitas por diversas razones, entre las que se encuentra que ya se habían tenido en cuenta conforme al artículo 237-9 del C.C.Cat. la situación y capacidad económica de los obligados al pago de la pensión de alimentos en el momento de establecerse la misma.

Habida cuenta el régimen de relaciones del padre con la menor que se establece en la sentencia recurrida, resulta evidente la improcedencia de la solicitud subsidiaria consistente en la estancia de la menor con el padre en determinados supuestos como es la visita de la familia extensa paterna a España.

La última pretensión que como subsidiaria se plantea por el actor recurrente, para el supuesto de que se mantenga la guarda de la menor a favor de la madre, es que la imagen de la menor Eva sea retirada inmediatamente de las redes sociales (Facebook, Whatsup, Instagram, pinterest, line y todo medio digital que se reproduzca por red), en atención a la protección de la identidad de los menores, al ser un asunto que debe ser acordado por ambos progenitores.

Al respecto esta Sección 12ª de la A.P. de Barcelona, ha venido pronunciándose, en el sentido de que el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto un progenitor como otro en el caso de acceder a dichas redes sociales tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo en el sentido de que solo puedan recibirlas las personas que ellos consideren, y que si alguno de los progenitores hiciese un uso indebido, inadecuado, ofensivo o degradante de la imagen de su hijo el otro podría plantear una controversia en el ejercicio de la potestad parental o incluso denunciarlo en su caso, y además tal circunstancia podría tener su repercusión en las decisiones a adoptar sobre la guarda de los menores.

Ahora bien, es lo cierto que la mera realidad social de la tendencia a cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar si quiera si en el futuro podrán sentirse



molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del menor mayor de catorce años que exige el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, no puede servir para justificar la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo.

En definitiva el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad resulta tan delicado y de tanta trascendencia que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

En el presente caso, aunque la guarda de la hija común, Eva, se ha atribuido a la madre y se establece un régimen de relaciones con el padre realmente restringido y limitado seriamente, es lo cierto que la potestad parental la tienen ambos progenitores y la ejercen de forma conjunta, por lo que la decisión de colgar fotos de la menor la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja, y ello también sin perjuicio de la autorización que pueda conceder la menor cuando cumpla la edad de 14 años.

Consiguientemente, constando que la menor en la actualidad tiene 13 años, que se encuentra bajo la guarda de su madre, que la potestad parental de la menor corresponde a ambos progenitores sin que se encuentre limitado el ejercicio de la misma, y que en todo caso tampoco consta autorización expresa de la menor (aunque tampoco sería decisiva al no haber cumplido los 14 años), procede acceder a lo solicitado de forma subsidiaria por el padre recurrente de que la imagen de la menor Eva sea retirada de las redes sociales (Facebook, Whatsup, Instagram, pinterest, line y todo medio digital que se reproduzca por red), en atención a la protección de la identidad de los menores, al ser un asunto que debe ser acordado por ambos progenitores.

SEXTO.- El artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuya virtud, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en esta alzada al estimarse de forma parcial el recurso interpuesto contra la sentencia recaída en la primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y eficacia,

FALLAMOS:

Estimamos de forma parcial el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Cirilo, contra la sentencia recaída en la primera instancia de fecha 23 de marzo de 2017, en los autos de Modificación de Medidas nº 314/14 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000, seguidos contra DOÑA Delia, y debemos revocar y REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida resolución, únicamente en lo referente a la pretensión subsidiaria que se ejercita por el recurrente, en el sentido de que la imagen de la menor Eva sea retirada de las redes sociales (Facebook, Whatsup, Instagram, pinterest, line y todo medio digital que se reproduzca por red), en atención a la protección de la identidad de los menores, al ser un asunto que debe ser acordado por ambos progenitores, y debemos confirmar y CONFIRMAMOS los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida y de forma fundamental la Guarda de la hija común Eva, que se mantiene a favor de la madre con el régimen de relaciones personales que se establece en la sentencia recurrida y que se encuentra en ejecución de la referida sentencia.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en esta alzada.

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, d3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :